

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DU NANTISSEMENT
DES
FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue

le Samedi 26 Janvier 1901, à 2 heures 1/2

PAR

Robert LESUR

Président : M. BOISTEL.

*Suffragants : { MM. LÉON MICHEL, } professeurs.
SAUZET, }*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

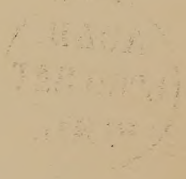
ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1901

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approba-
tion ni improbation aux opinions émises dans
les thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.**



UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DU NANTISSEMENT DES FONDS DE COMMERCE

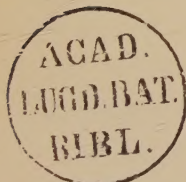
THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Samedi 26 Janvier 1901, à 2 heures 1/2

PAR

Robert LESUR



Président : M. BOISTEL.

Suffragants : { MM. LÉON MICHEL, } professeurs.
SAUZET, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1901

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS DU GAGE ET DE L'HYPOTHÈQUE. APPLICATION DE CES NOTIONS AUX FONDS DE COMMERCE CONSIDÉRÉS COMME VALEURS DE CRÉDIT.

1. — Les biens apparaissent dans le patrimoine comme un moyen de crédit pour leur propriétaire.

A ce point de vue, le droit romain avait imaginé déjà deux sortes de sûretés, conférant l'une et l'autre le droit pour le créancier de se faire payer par préférence aux autres créanciers sur les biens qu'elles grevaient : le gage et l'hypothèque.

Le gage, *pignus*, était constitué par la remise de l'objet entre les mains du créancier qui avait le droit de le conserver tant qu'il n'était pas remboursé intégralement du montant de sa créance.

Cette remise apparaît comme absolument nécessaire, c'est elle qui donnait la force obligatoire au contrat : le gage faisait partie de ces contrats *qui tantum re perficiuntur*.

Mais ce mode de constituer une sûreté réelle avait l'inconvénient considérable, en privant le débiteur de la

possession de sa chose, d'épuiser ainsi en une fois tout l'avantage qu'il pouvait en tirer au point de vue de son crédit, quelle que fût la disproportion existant entre la valeur de cette chose et le montant de la dette en garantie de laquelle elle avait été remise.

Aussi, le prêteur avait-il imaginé l'hypothèque qui se formait *solo consensu*, par le seul accord de volonté des parties, et qui, n'exigeant point le dessaisissement du débiteur comme le gage, permettait à celui-ci de tirer de sa chose toute l'utilité qu'il pouvait en espérer comme moyen de crédit tout en en conservant la jouissance.

Le gage et l'hypothèque pouvaient, dans le dernier état du droit romain, être constitués aussi bien sur les meubles que sur les immeubles, aussi bien sur les choses corporelles que sur les choses incorporelles.

2. — Ces idées ont passé dans notre droit civil, où l'on retrouve les deux mêmes modes de constituer des sûretés réelles au profit d'un créancier avec la différence fondamentale que nous avons relevée en droit romain.

3. — Le gage peut être constitué sur des immeubles et alors il prend le nom d'antichrèse, ou bien sur des meubles, et il s'appelle plus particulièrement nantissement.

Il peut être constitué aussi bien sur les choses incorporelles que sur les choses corporelles.

Mais dans tous les cas, il exige d'une façon impérative le dessaisissement du constituant, soit entre les mains du créancier lui-même, soit en celles d'un tiers convenu. (Art. 2076 Code civil.)

On peut même dire que le nantissement est dans notre droit un contrat réel, en ce sens que la remise de la chose apparaît comme une des conditions essentielles à sa perfection. L'article 2071 du Code civil définit en effet le nantissement « un contrat par lequel un débiteur *remet* une chose à son créancier pour sûreté de la dette ». Il ne faudrait pourtant pas aller jusqu'à dire que la remise est nécessaire comme en droit romain pour donner la force obligatoire ; l'accord des volontés suffit pour lier les parties, mais tant que la remise n'aura pas eu lieu, il n'y aura qu'une promesse de nantissement, obligatoire pour celui qui l'a faite et dont l'exécution pourra être poursuivie par les voies légales (1). Pourtant, quelle que soit l'issue du procès qui sera engagé entre les parties, il est certain qu'il n'y aura pas de gage valablement constitué à l'égard des tiers, puisque comme nous le verrons, certaines formalités doivent être remplies à leur égard,

4. — Quant à l'hypothèque, elle passe dans notre droit avec le principe du non dessaisissement du débiteur.

(1) V. en ce sens : Besançon, 18 décembre 1893 (S. 1896, 2, 71 ; J. du P. 1896, 2, 71 ; D. 1893, 2, 219) ; Cass., 18 mai 1898 (Gaz. Pal. 1898, 1, 766).

Mais comme il est nécessaire que le débiteur ne puisse point se faire de la chose hypothéquée qu'il conserve dans son patrimoine un moyen de crédit inépuisable et que les créanciers qui acceptent cette sûreté sachent à quoi s'en tenir sur son efficacité, l'hypothèque est rendue publique, alors qu'elle était demeurée occulte en droit romain.

L'une des conséquences nécessaires de ce nouveau principe devait être que les meubles ne seraient point susceptibles d'être constitués comme sûretés réelles par le contrat d'hypothèque. En effet, comment organiser d'une façon efficace la publicité des hypothèques sur les meubles ? Les meubles à la différence des immeubles n'ont pas d'assiette fixe ; en outre il est souvent difficile d'établir leur individualité.

5. — Telles sont les règles fondamentales de notre droit civil ; elles se résument dans les deux propositions suivantes :

1^{re} proposition. — Les meubles ne peuvent être utilisés comme moyens de crédit que par voie de nantissement, ils ne peuvent être constitués en hypothèque ;

2^e proposition (corollaire de la précédente). — Les meubles utilisés comme moyens de crédit doivent nécessairement être remis entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu.

Le Code de 1804 n'avait admis aucune exception à

ces principes fondamentaux. Depuis, le système du législateur a fléchi dans plusieurs cas : 1^o Les navires, bien que de nature mobilière, sont susceptibles d'être hypothéqués (Loi du 10 décembre 1874 et du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime) ; 2^o Les récoltes, bien que de nature mobilière, sont susceptibles d'être remises en gage sans déplacement (Loi du 18 juillet 1898, sur les warrants agricoles) ; 3^o Les fonds de commerce, considérés comme universalités de nature mobilière, sont susceptibles d'être constitués en gage sans déplacement (Loi du 1^{er} mars 1898).

6. — Ces principes généraux rappelés, voyons comment ils doivent se comporter dans leurs applications aux fonds de commerce, considérés comme éléments de crédit dans le patrimoine de leur propriétaire.

Et tout d'abord qu'est-ce qu'un fonds de commerce ?

On conçoit bien qu'un commerçant puisse considérer comme des éléments de son patrimoine la propriété ou le droit de jouissance de la maison dans laquelle il exerce son industrie, les marchandises qu'il a dans ses magasins, son mobilier d'exploitation, les bénéfices éventuels que doit lui procurer une clientèle nombreuse, une enseigne connue ou le droit exclusif de vendre certains produits ; mais d'où a pu provenir l'idée de faire de ces différents éléments si divers par leur caractère un tout, une individualité dans le patri-

moine, à laquelle on a donné le nom de fonds de commerce ?

C'est que l'on s'est aperçu que ces différents éléments n'avaient de valeur qu'autant qu'ils étaient réunis les uns aux autres dans un ensemble, ou que tout au moins ils acquéraient une importance et une valeur beaucoup plus grandes par ce rapprochement.

C'est d'ailleurs là une idée de conception assez moderne. On ne la trouve point dans le droit romain ni dans notre ancien droit ; et il n'est nulle part question dans nos codes de 1804 et de 1807 des fonds de commerce en tant que biens individualisés dans le patrimoine. Le mérite de cette création revient tout entier à la jurisprudence et à la doctrine, qui y ont été poussés par une nécessité pratique, résultant de l'usage qui s'était introduit de donner aux fonds une valeur de circulation et de crédit en les envisageant comme un ensemble indivisible.

Cette unité du fonds de commerce a été consacrée légalement pour la première fois par la loi du 28 février 1872 sur l'enregistrement des ventes de fonds. Puis elle l'a été de nouveau par la loi du 30 avril 1886 sur l'usurpation des médailles et enfin tout récemment par la loi du 1^{er} mars 1898 sur le nantissement des fonds de commerce.

7. — Nous verrons ultérieurement si le fonds de commerce doit nécessairement être considéré dans tou-

tes les phases de son existence juridique comme une universalité ; analysons brièvement pour le moment les éléments divers dont il se compose.

Les éléments qui sont susceptibles par leur réunion de constituer le fonds de commerce sont la clientèle ou achalandage, le droit au bail, les marchandises en magasin, le matériel d'exploitation, le nom ou l'enseigne.

Ce sont là les éléments les plus usuels, mais aucun d'eux, si ce n'est peut-être l'achalandage, n'est de rigueur.

Voyons donc en quoi ils consistent :

1^o Achalandage ou clientèle.

Lorsqu'un individu entreprend un commerce quelconque, il le fait dans le but de réaliser un bénéfice au moyen d'actes de spéculation qu'il fera avec ses semblables ; plus ces actes de spéculation seront nombreux, plus il aura de chances de gagner ; les tiers avec lesquels il commercera et sur lesquels il compte réaliser ce gain seront ses clients.

L'achalandage apparaît donc comme un élément nécessaire du fonds de commerce, puisqu'on ne peut concevoir un commerçant ouvrant boutique sans l'espoir d'y voir venir des clients.

Il apparaît aussi comme l'élément prépondérant au point de vue de la valeur du fonds, car suivant que les clients seront nombreux ou peu nombreux, les opérations fréquentes ou rares, les bénéfices à espérer seront

importants ou minimes. Il arrivera même fréquemment que ces bénéfices se résoudront à rien et qu'en définitive si on retranche des bénéfices les dépenses d'exploitation, le commerçant au lieu de s'enrichir se sera appauvri.

On voit par ces explications que l'achalandage consistant dans l'espérance d'un gain d'argent à réaliser ne peut être en lui-même considéré que comme un meuble, qu'en outre il est un meuble incorporel, d'existence immatérielle et qui ne peut être constaté par l'existence d'aucun titre.

2° Droit au bail.

L'exercice d'un commerce suppose presque nécessairement un local dans lequel se font les spéculations.

Ce local peut être la propriété du commerçant ou au contraire celui-ci peut n'avoir qu'un droit de jouissance pour une durée plus ou moins longue.

Dans cette dernière hypothèse, l'occupation a lieu le plus souvent à titre de louage. Le commerçant a passé, avec le propriétaire de la maison, un bail en vertu duquel il a le droit de prétendre à la jouissance pendant un nombre d'années déterminées.

C'est évidemment là un élément de richesse appréciable dans le patrimoine du commerçant, car, si la clientèle est habituée à lui rendre visite en cet endroit, il a intérêt à y demeurer le plus longtemps possible, en outre le lieu d'établissement peut avoir un intérêt

considérable pour⁵ faire des affaires, car, encore de nos jours, les commerçants exerçant la même industrie sont fréquemment établis dans un même quartier.

Le droit au bail apparaît ainsi comme un droit de créance, c'est-à-dire comme un meuble incorporel, dont l'existence se révèle par un titre, l'acte de bail.

3° Marchandises.

L'acte de commerce le plus usuel est celui qui consiste à acheter pour revendre. Le commerçant qui poursuit ce but a généralement, dans le local où il exerce, des marchandises destinées à être vendues.

Aucune difficulté ne peut s'élever sur leur nature. Ce sont des meubles corporels.

4° Mobilier ou matériel d'exploitation.

Ce sont les objets dont la présence est indispensable dans le local affecté au commerce pour son exercice.

Meubles meublants, ils constituent des meubles corporels.

5° Nom ou enseigne.

L'usage s'est établi de désigner les maisons de commerce par le nom de ceux qui les ont fondées ou qui les exploitent ou par une dénomination de fantaisie.

Plus le nom du fondateur ou de l'exploitant est connu pour la sûreté des relations commerciales que les clients peuvent avoir avec lui, pour la qualité des marchandises qu'il met en vente, plus la maison est acha-

landée. De là un élément de richesse très appréciable, puisqu'il confère une espérance de réaliser des bénéfices. Son caractère est entièrement semblable à celui de la clientèle, c'est un droit mobilier, incorporel, d'existence immatérielle qui n'est point susceptible d'être constaté par un titre.

8. — Tels sont les éléments qui concourent à la constitution de ce qu'on appelle le fonds de commerce.

Tous nous apparaissent comme des biens de nature mobilière. Les marchandises et le matériel sont meubles corporels ; la clientèle, le droit au bail, le nom ou l'enseigne, les brevets ou marques sont meubles incorporels.

Si telle est la nature des éléments qui constituent le fonds, la nature du fonds considéré dans son ensemble ne peut être autre que mobilière, la réunion de biens meubles en un seul tout ne pouvant constituer qu'un bien de nature mobilière.

9. — Quelle conséquence faut-il en tirer en envisageant le fonds comme moyen de crédit, soit dans son ensemble, soit dans ses éléments disjoints ?

C'est que jamais l'hypothèque ne peut être employée pour constituer un fonds en garantie ; le seul procédé possible est le nantissement. Cette règle, qui résulte nécessairement des principes consacrés par le Code

civil et par le Code de commerce, n'est point infirmée par la loi nouvelle du 1^{er} mars 1898.

Nous le démontrerons en analysant la loi nouvelle.

10. — Il s'agit maintenant de rechercher comment les éléments composant le fonds de commerce, ou le fonds lui-même, peuvent être constitués en nantissement.

CHAPITRE II

DU NANTISSEMENT DES FONDS DE COMMERCE AVANT LA LOI DU 1^{er} MARS 1898

SECTION PREMIÈRE

UN FONDS DE COMMERCE IN GLOBO NE POUVAIT PAS FAIRE L'OBJET D'UN NANTISSEMENT.

11. — Le fonds de commerce peut-il être envisagé en lui-même comme un ensemble composé d'éléments divers, pour être utilisé comme moyen de crédit ?

Depuis la loi du 1^{er} mars 1898, l'affirmative ne peut plus faire aucun doute, car cette loi a consacré l'existence du fonds de commerce en tant qu'universalité de fait pouvant faire l'objet d'un nantissement (1).

Mais sous le régime de la loi antérieure cela était-il possible ?

Disons tout de suite que la question ne présente plus guère aujourd'hui qu'un intérêt rétrospectif, car la loi

(1) V. *infra*, chap. III, sect. 2.

du 1^{er} mars 1898 qui autorise formellement la constitution en nantissement des fonds de commerce prescrit une formalité de publicité applicable aux nantissements constitués avant la date de sa promulgation. Pourtant elle mérite d'être étudiée sérieusement, car la solution qu'il convient de lui donner n'est point indifférente à la solution de difficultés nombreuses que soulève l'application de la loi nouvelle.

Les auteurs ont généralement admis, sans discussion, le principe que le fonds de commerce constitue une universalité juridique dans tous les actes qui peuvent intéresser son existence juridique. Partant de ce principe, ils ont admis que le fonds de commerce pouvait en tant qu'universalité être affecté à la sûreté d'une dette ; ils ont discuté seulement sur les formalités qu'il convenait d'accomplir pour rendre la convention opposable au tiers.

Nous nous proposons de démontrer que cette doctrine est inexacte, et que rien sous le régime de notre législation antérieure à la loi du 1^{er} mars 1898, n'autorisait la constitution en gage des fonds de commerce en tant qu'universalités.

12. — On conçoit parfaitement l'intérêt qu'il y a à envisager dans leur ensemble les éléments constituant un fonds de commerce. Nous l'avons dit déjà. Dès qu'il s'agit de le vendre ou de le céder, le vendeur tirera un profit bien plus grand d'une vente en bloc que s'il s'a-

visé de disjoindre les différents éléments qui le composent pour les vendre séparément. Rien ne s'oppose évidemment à cette manière de procéder passée dans l'usage, encore bien qu'on ait l'habitude d'estimer dans l'acte de vente la valeur des différents éléments qui constituent le fonds.

On conçoit aussi parfaitement l'intérêt qu'il y aurait pour le commerçant à pouvoir se servir de son fonds dans son ensemble comme moyen de crédit. La dation en gage doit en effet aboutir fréquemment à une vente qui se fera à un prix plus avantageux si les éléments n'ont pas été disjointes, d'où il résulte que le titulaire du fonds trouvera un crédit plus grand s'il peut agir ainsi.

Mais il ne suffit point de reconnaître l'existence de cet intérêt pour conclure au caractère licite de cette dation en gage en bloc, il faut voir si elle est conciliable avec les dispositions du Code civil et du Code de commerce.

13. — Les formalités à accomplir pour constituer valablement un gage à l'égard des tiers, c'est-à-dire pour faire naître au profit du créancier gagiste le privilège qui lui confèrera un droit de préférence à l'encontre des autres créanciers, sont énoncés dans les articles 2074, 2075 et 2076 du Code civil et dans les articles 91 et 92 du Code de commerce dans le cas où le gage est commercial.

L'article 2074 exige un *acte public ou enregistré*, mentionnant le montant de la créance et contenant une

désignation complète de la chose donnée en gage : l'article 2075 dispose qu'en outre, pour *les meubles incorporels, tels que les créances mobilières*, l'acte de nantissement *doit être signifié au débiteur de la créance mise en gage*. Enfin, l'article 2076 exige dans tous les cas, c'est-à-dire aussi bien pour le gage des meubles corporels que pour celui des meubles incorporels, *que le gage ait été mis et soit resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties*.

Lorsque le gage est commercial, l'article 91 1^o du Code de commerce déroge aux dispositions de l'article 2074 du Code civil, en édictant que le gage *se constate à l'égard des tiers comme à l'égard des parties contractantes, conformément aux dispositions de l'article 109 du Code de commerce*, ce qui implique que, même à l'égard des tiers, il n'est pas nécessaire de rédiger un écrit et que l'écrit qui peut être rédigé n'a pas besoin d'avoir date certaine (1).

Mais l'article 91 4^o du Code de commerce dispose formellement qu'*il n'est pas dérogé aux dispositions de l'article 2075 du Code civil en ce qui concerne les créances mobilières dont le cessionnaire ne peut être*

(1) Voir en ce sens : Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. III, n^o 268 ^{bis} ; Guillouard, *Du nantissement*, n^o 423 ; Pont, *Petits contrats*, t. II, n^o 1419 ; Aubry et Rau, t. IV, § 433, p. 708 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Traité du nantissement et des privilèges et hypothèques*, n^o 149 ; Sic : Cass. 13 mai 1878 (S. 1879, 1, 203, J. du Pal. 1879, 498, D. 1879, 1, 64).

saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. En outre l'article 92 1° du Code de commerce reproduit textuellement les dispositions de l'article 2076 du Code civil, c'est-à-dire qu'en matière commerciale la mise en possession du gage est nécessaire comme en matière civile.

On peut voir ainsi que le législateur s'est montré plein de sollicitude pour les intérêts des tiers auxquels le privilège du gagiste pourra préjudicier, et qu'il a tout fait pour éviter qu'ils ne soient victimes de la fraude. Quatre conditions sont exigées pour que le privilège prenne naissance à leur encontre :

1° Le contrat de gage doit être constaté par un acte notarié ou par un acte sous seing privé enregistré (art. 2074), autrement il aurait été facile de frauder les tiers par une antidate. Notamment, un débiteur sur le point de tomber en faillite ou déjà failli, aurait pu éluder au moyen d'un acte antidaté la disposition de l'article 446 *in fine* du Code de commerce, qui annule lorsqu'ils ont été constitués depuis la faillite ou dans les 10 jours qui précèdent, tous droits de gage établis pour la garantie de dettes antérieurement contractées.

2° L'acte constatant le nantissement doit mentionner le montant de la créance et contenir une désignation complète de la chose donnée en gage (art. 2074 du Code civil). Le but de cette double formalité est d'empêcher que, par suite d'un concert frauduleux, les parties ne grossissent après coup la créance à la sûreté de laquelle

le gage a été affecté, ou ne substituent à la chose primitivement donnée en gage une autre chose d'une valeur considérable.

3° Si la chose donnée en gage est une créance, non seulement le nantissement doit être constaté par un acte authentique ou sous seing privé enregistré, mais il doit être signifié au débiteur de la créance donnée en gage (art. 2075 du Code civil). Encore une formalité destinée à porter à la connaissance des tiers le contrat intervenu ; on suppose que ceux-ci iront se renseigner auprès du débiteur de la créance avant de s'engager avec le créancier. C'est évidemment un moyen de publicité peut-être insuffisant, qui a été imaginé à l'instar de ce qui avait été fait en matière de cession de créances (art. 1690 du Code civil) ; mais il n'en témoigne pas moins de la sollicitude du législateur vis-à-vis des tiers.

4° Il faut enfin que la chose donnée en nantissement soit mise et reste en la possession d'un tiers convenu entre les parties (art. 2076 du Code civil et 92 1° du Code de commerce). Ici encore l'intérêt des tiers a guidé le législateur. Ceux qui traiteront avec le débiteur après son dessaisissement ne pourront pas être trompés par un crédit seulement apparent, puisqu'ils n'auront pas pu compter pour être éventuellement remboursés sur des meubles que leur débiteur ne possédait plus (1).

(1) Un arrêt récent de la Cour de Cassation a même décidé que l'accomplissement de la formalité prescrite par l'article 2076 du Code

14. — Cette condition du dessaisissement est requise dans tous les cas, dit l'article 2076 du Code civil, par conséquent même dans l'hypothèse où le gage a pour objet une chose incorporelle. Dans ce cas la mise en possession résulte de la tradition du ou des titres qui constatent la créance (1).

civil était nécessaire non seulement à l'égard des tiers, mais même entre les parties, pour que le créancier puisse se prévaloir des effets du contrat à l'encontre de son débiteur : V. Cass. 18 mai 1898 (*Gaz. Pal.* 1898, 1, 766). — V. cependant *contra* : Bordeaux, 8 juin 1832 (*S.* 1832, 2, 655) ; Orléans, 21 déc. 1894 (*Gaz. Pal.* 1898, 1, 766) arrêt cassé, et Pont, *Petits contrats*, n° 1122.

(1) Un savant auteur a soutenu que la remise du titre au créancier gagiste n'était pas nécessaire (Colmet de Santerre, *Cours anal. de Code civil*, t. VIII, n° 302 bis, p. 369 et s.). La possession dont parlent les articles 2076 du Code civil et 92 du Code de commerce est, a-t-il dit, la détention matérielle. On ne peut détenir matériellement une créance et la détention du titre de créance n'est pas celle de la créance. Les articles cités exigent la remise du *gage* au créancier gagiste ; le gage n'est pas le titre ou écrit constatant l'existence de la créance, c'est la créance même. Les dispositions légales qu'on invoque ne s'appliquent qu'aux choses dont la nature ne résiste pas à leur application. Si le législateur avait voulu exiger la remise du titre au créancier gagiste, il s'en serait expliqué formellement, comme il l'a fait à propos de la cession dans l'article 1689 du Code civil. Du reste c'est dans l'intérêt des tiers que la remise du gage au créancier gagiste est exigée. Or ceux-ci sont désintéressés dans la question ; car il faut que la constitution de gage soit signifiée au débiteur ou qu'il y ait un endossement ou un transfert ; ce sont là des formalités prescrites dans un but de publicité qui font directement ou indirectement connaître aux tiers que le créancier n'a pas la libre disposition de sa créance. — V. dans le même sens : Vigé, t. III, n° 1209.

Mais cette opinion n'a pas prévalu. MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité de droit commercial*, 2^e édition, t. III, p. 240, n° 280) la ré-

15. — La jurisprudence se montre très rigoureuse sur le caractère essentiel de la formalité du dessaisissement même en matière de nantissement de meubles incorporels. Dans un arrêt récent où le débiteur avait constitué en gage ses droits successifs dans une succession ouverte,

furent d'une façon péremptoire par les arguments suivants : La portée générale du texte des articles 2076 du Code civil et 92 du Code de commerce résulte des mots *dans tous les cas*. L'opinion combattue méconnaît une idée fondamentale toujours admise depuis le droit romain ; il n'y a pas de gage sans mise en possession du créancier gagiste. Sans cette condition, on se trouve en présence d'une hypothèque et non d'un gage. Il est vrai que la nature de la chose engagée s'oppose ici à ce qu'elle-même soit remise au créancier ; mais il est conforme aux principes généraux du Code civil d'exiger au moins la remise du titre qui est, dans une certaine mesure, la représentation matérielle de la créance et qui sert à la prouver. N'est-ce pas par la remise du titre que se fait, d'après l'article 1607 du Code civil, la délivrance des créances en matière de vente ? Pourquoi ne se ferait-elle pas au créancier de la même manière, quand il s'agit d'une constitution de gage ? Deux formalités de publicité sont ainsi prescrites pour le gage des créances ; cela n'a rien de surprenant. Il en est bien de même de l'antichrèse ; l'immeuble donné en antichrèse doit être mis en la possession du créancier (art. 2091 du Code civil) et, de plus, l'acte d'antichrèse est soumis à la transcription (L. 23 mars 1855, art. 2 1^o). Du reste, la mise en possession ne fait pas, à proprement parler, double emploi avec les formalités de publicité. La remise du titre de créance est un fait matériel qui, bien plus clairement que les formalités prescrites par la loi, révèle aux tiers que le créancier ne peut plus librement disposer de sa créance. Cette doctrine est, d'ailleurs, ajoutent MM. Lyon-Caen et Renault, conforme à celle de Pothier (*Tr. du contrat de nantissement*, n^o 6). — V. également la note de M. Lyon-Caen rapportée au Sirey 1886, 1, 305, et dans le même sens : Favard de Langlade, v^o *Nantissement*, § 1^{er}, n^o 4 ; Grenier, *Hypothèques*, t. II, n^o 314 ; Delvincourt, t. III, p. 673 ; Duranton, t. XVIII, n^o 525, note 1 ; Bédarride, *Des faillites*, t. 2, n^o 909 ; Va-

la Cour de Cassation déclare qu'il est de l'essence du contrat que la mise en possession soit un fait apparent, de nature à avertir les tiers que le débiteur est dessaisi et que l'objet engagé ne fait plus partie de son patrimoine libre (1), et cette même phrase revient

lette, *Privilèges*, n° 49, p. 52 ; Troplong, *Nantissement*, n° 280 ; Pont, *Petits contrats*, t. II, n° 1131 ; Aubry et Rau, t. IV, § 432, p. 705 ; Larombière, sur l'art. 1138, n° 3 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, § 779, note 12, p. 108 ; Laurent, t. XXVIII, n° 476 ; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° Gage, nos 64 et s. ; Guillelouard, *Nant.*, n° 90 ; Wahl, *Note rapportée au Sirey*, 1897, 2, 89 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Tr. du nantissement des privilèges et hypothèques*, t. I, n° 74.

(1) V. Cass. 19 février 1894 (*Gaz. Pal.* 1894, 1, 303, S 1894, 1, 273). Dans l'espèce, le débiteur avait constitué en gage au profit de deux créanciers, ses droits successifs dans une succession ouverte et la validité de ce contrat de gage était contestée pour défaut d'accomplissement des formalités prescrites par le Code civil dans un but de publicité. Voici ce qui avait été fait pour se conformer aux exigences de la loi : l'intitulé d'inventaire avait été remis aux deux créanciers gagistes ; puis dans l'un des actes de nantissement il avait été convenu que l'administrateur de la succession détiendrait dorénavant les valeurs héréditaires pour le compte de ce créancier en qualité de tiers convenu et l'acte de nantissement contenant cette stipulation avait été signifié à l'administrateur. L'autre acte de nantissement ne contenait pas une convention de ce genre, mais il indiquait le nom de l'administrateur de la succession détenant les valeurs héréditaires et cet acte lui avait été aussi signifié. La Cour d'appel de Paris, après le tribunal de la Seine, avait admis la validité des contrats de gage, mais la Chambre civile a cassé par un arrêt ainsi conçu : « La Cour ; — Sur le moyen unique du pourvoi : — Attendu que l'article 2076 du Code civil subordonne l'existence du privilège de gagiste à la possession du gage, soit par le créancier, soit par un tiers convenu entre les parties ; qu'il est de l'essence du contrat que cette mise en possession soit un fait apparent, de nature à avertir les tiers que le débiteur est dessaisi et que l'ob-

dans tous les autres arrêts antérieurs de la Cour suprême, manifestant ainsi l'intérêt que les tribunaux portent aux tiers, et le souci qu'ils ont d'éviter à ceux-ci

jet engagé ne fait plus partie de son patrimoine libre ; — Attendu que l'arrêt attaqué a considéré comme satisfaisant aux dispositions de l'article 2076, le fait par Gauthier et consorts (les créanciers gagistes) d'avoir notifié à Hébert Desroquettes (l'administrateur de la succession) pris en qualité de tiers convenu, les contrats qui les constituaient créanciers des héritiers Balensi (les débiteurs) et qui leur donnaient en nantissement les droits successoraux encore indivis entre lesdits héritiers ; que, suivant l'arrêt, ces notifications auraient interverti le titre en vertu duquel Hébert-Desroquettes, administrateur judiciaire de la succession, détenait cette succession, et qu'elles l'en auraient rendu comptable envers Gauthier et consorts ; — Mais attendu que les notifications susdites, ignorées des tiers, ne suffisaient pas pour rendre apparent le caractère nouveau que les parties entendaient attribuer désormais au mandat qu'Hébert-Desroquettes tenait du jugement qui l'avait commis ; qu'elles ne pouvaient donc pas suppléer à la tradition effective d'un titre, c'est-à-dire d'un acte instrumentaire établissant l'existence du droit mis en gage, tradition qui, en matière de meubles incorporels, suffit, mais est nécessaire, pour révéler au tiers le dessaisissement du débiteur ; qu'il suit de là qu'en décidant que Gauthier et consorts avaient, sur les sommes mises en distributions, un privilège opposable à Grésille et consorts, cessionnaires des droits successoraux des héritiers Balensi l'arrêt attaqué a violé l'article 2076 ci-dessus visé ; — Casse,...

M. Lyon-Caen, dans une note rapportée au Sirey 1894, 2, 273, estime que la loi exigeant d'une manière impérative le dessaisissement du débiteur, la constitution en gage de droits successifs n'est pas toujours possible. Le savant auteur fait à cet égard la distinction suivante : La constitution en gage est impossible lorsqu'il s'agit d'une succession *ab intestat* car dans ce cas il n'y a pas de titre proprement dit dont la remise puisse être faite à un créancier gagiste. Mais la constitution est possible dans le cas où il s'agit de droits dérivant d'un testament au profit d'un légataire universel ou à titre universel, car il y a alors un véritable titre, le testament.

les fraudes organisées contre eux pour leur faire croire à l'existence d'un crédit imaginaire (1).

Et la Cour de cassation ajoute encore dans plusieurs arrêts qu'en matière de nantissement de meubles incorporels, la tradition du titre établissant l'existence du droit mis en gage est à la fois suffisante et nécessaire pour révéler aux tiers le dessaisissement du débiteur (2).

16. — Que doit-on conclure de cette doctrine et de cette jurisprudence si bien établies, à l'égard des meubles incorporels ou des créances dont l'existence ne peut être établie par aucun titre ? C'est que leur constitution en gage est impossible. C'est là une conséquence admise aussi bien par la doctrine (3) que par la jurisprudence (4).

(1) V. en ce sens : Cass. 29 décembre 1875 (S. 1876, 1, 1, 409, *J. du Pal.* 1876, 261, D. 1866, 1, 219) ; 41 février 1885 (*Gaz. Pal.* 1885, 1, 635) ; 3 août 1895 (*Gaz. Pal.* 1895, 2, 471).

(2) V. Cass. 11 juin 1846 (S. 1846, 1, 444, *J. du Pal.* 1847, 1, 58, D. 1846, 1, 252) ; 20 janvier 1886 (S. 1886, 1, 305) ; 19 février 1894 (*Gaz. Pal.* 1894, 1, 303, S. 1894, 1, 273).

(3) V. en ce sens : Troplong, *Du nantissement*, n° 278 ; Paul Pont, *Tr. des petits contrats*, t. II, n° 4132 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 705, § 432, note 20 ; Laurent, t. XXVIII, n° 477 ; Guillouard, *Nantiss.*, n° 91 ; Baudry-Lacantinerie, *Traité du nantissement, des privilèges et hypothèques*, t. I, n° 74 ; Lyon-Caen, *Note rapportée au Sirey* 1894, 1, 273 ; Wahl, *Note rapportée au Sirey* 1897, 1, 89. — M. Lyon-Caen, notamment dans la note précitée, admet l'impossibilité de constituer en gage des droits successifs dans une succession *ab intestat*.

(4) V. en ce sens : Lyon, 31 janvier 1839 (S. 1842, 2, 538). — Dans

Et par suite les droits et actions résultant d'obligations quasi contractuelles, délictuelles, quasi délictuelles ou légales, c'est-à-dire de toutes obligations qui ne donnent généralement pas lieu à la rédaction d'un écrit, ne peuvent pas faire l'objet d'un nantissement.

17. — Telles sont les formalités nécessaires pour la constitution valable ou possible du nantissement. Nous allons voir que les rigueurs de la loi s'opposent à ce que plusieurs des éléments constitutifs du fonds de com-

l'espèce, il s'agissait de la constitution en gage par un mari du droit de répéter contre sa femme le remboursement de sommes employées à l'augmentation d'immeubles propres de celle-ci. L'arrêt s'exprime en ces termes :

« La Cour, — Attendu que l'obligation imposée par la loi à la constitution de gage par l'article 2076 du Code civil n'a pas été remplie dans l'acte du 12 octobre 1830 (l'acte de nantissement) ; qu'elle ne pouvait l'être, puisqu'il s'agissait d'une créance sans titre ; qu'une telle action ne peut être donnée en nantissement, puisque ce serait là une véritable constitution d'hypothèque mobilière sans tradition réelle, et que la loi a sagement voulu proscrire ce qu'un tel contrat amènerait de fraudes sans fin, car rien n'aurait empêché Durand (le débiteur constituant), par exemple de donner à vingt créanciers successifs le même gage qu'il avait donné à Richerand et autres (les créanciers gagistes) par l'acte du 12 octobre ; que la tradition des objets mobiliers ou des titres de créances est le seul moyen d'empêcher cet abus et qu'elle est destinée à prévenir, en matière de gage mobilier, les fraudes que la publicité des hypothèques a pour but d'arrêter en matière de gage immobilier ; qu'ainsi c'est là une condition substantielle du contrat de nantissement, exigée par la loi, *dans tous les cas*, et qui, n'étant pas remplie, annule les conventions, — Par ces motifs, etc... »

V. également dans le même sens : Trib. civ., Seine, 17 mars 1887 (*Gaz. Pal.* 1888, 1, suppl. 25).— Dans l'espèce le débiteur avait cons-

merce, considérés isolément, puissent faire l'objet d'une dation en nantissement.

18. — 1^o *Matériel d'exploitation.*

En ce qui concerne le matériel d'exploitation, aucune difficulté. Il se compose de meubles corporels, il peut être constitué en gage valablement à la condition que le créancier gagiste ou un tiers pour le compte de celui-ci soit mis en possession (1).

titué en gage au profit de son créancier une somme à prendre par préférence à lui-même dans une succession ouverte à son profit :

« Attendu, dit le jugement, que l'une des conditions nécessaires à la validité du nantissement, aux termes de l'article 2076 du Code civil, est la remise en la possession des créanciers de l'objet donné en gage ; que la loi, dans un intérêt de publicité, pour éviter la fraude et les constitutions successives du même gage, a voulu le dessaisissement effectif du débiteur ; que ces dispositions s'appliquent aux objets mobiliers comme aux droits incorporels et dans ce dernier cas ont en vue le titre qui constitue la créance ; que l'article 2075 du Code civil en ajoutant les formalités de la signification, ne dispense pas des autres conditions imposées par les articles 2074 et 2076 ; — Attendu que l'acte de nantissement du 4 février 1878 a été consenti, alors que la succession de la dame Daniel Lévy n'avait pas été liquidée, et que Octave Lévy (le débiteur constituant) n'avait en sa possession et ne pouvait remettre à Martin aucun titre constatant son droit ; qu'il est nul pour n'avoir point satisfait aux dispositions de l'article 2076 du Code civil. »

(1) V. en ce sens : Trib. com. Seine, 3 septembre 1890 (*Gaz. des Tribunaux*, 21 septembre 1890). — Dans l'espèce, un libraire éditeur se trouvant débiteur de son imprimeur avait remis à celui-ci en nantissement un certain nombre de planches et pierres lithographiques gravées. Un tiers soutenait qu'un négociant ne pouvait donner en gage que des marchandises et non pas le matériel même

Mais, dira-t-on,⁶ si le commerçant se dessaisit, il ne pourra plus utilement exploiter son fonds, et alors il aura été directement à l'encontre du but qu'il se proposait d'atteindre et qui était de se servir du matériel d'exploitation comme d'un moyen de crédit.

Voici ce qu'il faut répondre à cette objection. Il n'est pas toujours vrai de dire qu'un commerçant ne peut pas sans inconvénient se dessaisir de son matériel ; on peut supposer telles hypothèses où il peut, sans nuire à son exploitation, donner en gage tout au moins une partie de ce matériel.

Et puis cet inconvénient, alors même qu'il serait réel, n'est pas de nature à faire obstacle à l'application de la loi ; si la loi est mauvaise, il importe au législateur de la réformer ou de la compléter (ce qu'il a fait depuis) et non à l'interprète d'en différer l'application (1).

servant à l'exploitation de son industrie. Le tribunal repoussa cette théorie par les motifs suivants :

« Attendu qu'aucun texte de loi ne s'opposant à ce que le gage porte sur le matériel d'un commerçant il importe peu de savoir si le nantissement constitué au profit de Lemerrier et Cie se compose de marchandises ou d'objets dépendant de la Société Daly fils et Cie (le débiteur constituant)... »

(1) La Cour de Cassation n'a pas hésité à faire l'application du principe dans une hypothèse qui se présentait dans des conditions particulièrement favorables au créancier gagiste. Il existe dans une localité du Nord, à Saint-Pierre-de-Calais, de petits industriels fabricants de tulle qui possèdent seulement un deux ou trois métiers qui constituent tout leur avoir. Ces métiers ont besoin de la vapeur comme force motrice, et, pour la leur fournir économiquement, de grandes usines se sont fondées, qui louent à un certain nombre de ces petits industriels

Il est d'ailleurs hors de doute que la tradition pourrait résulter de la remise au créancier gagiste des clefs du magasin ou atelier dans lequel se trouve le matériel d'exploitation donné en gage. Le débiteur est ainsi suffisamment dessaisi de la possession, et dans l'impossibilité de se servir désormais de son matériel pour se donner une apparence de crédit aux yeux des tiers (1).

un local pour installer leurs métiers, et leur fournissent en outre le moyen de recevoir, par un arbre de couche, l'impulsion et la force motrice d'une machine à vapeur centrale. Chacun des fabricants est chez lui, il a les clefs de son local ; mais le propriétaire de l'usine a la garde et la surveillance de la porte commune qui donne accès à tout l'établissement ; de plus il a le droit d'introduire dans chaque local un employé pour surveiller la transmission de la force et de la chaleur. Ces petits industriels ayant besoin de fonds de roulement pour alimenter leur industrie, ont eu l'idée de se servir de leurs métiers comme moyens de crédit, et un banquier a consenti à faire des avances en acceptant cette garantie, sans exiger la remise entre ses mains des métiers, qui aurait privé les industriels de leur instrument de travail. Les parties avaient pensé que le propriétaire de l'usine pourrait être considéré comme tiers détenteur du gage, non seulement pour lui-même mais pour le créancier gagiste. La Cour d'appel de Douai, et, sur pourvoi, la Chambre des Requêtes, ont refusé de considérer comme valable le nantissement d'un matériel industriel constitué dans ces conditions. (V. Douai, 9 juin 1877, et Cass., 19 mars 1878. D. 1879, 1, 63).

M. Boistel, dans une très savante note rapportée au Dalloz, loc. cit., raisonnant en fait, n'a pas cru pouvoir partager cette opinion. Il estime que le propriétaire avait, dans l'espèce, tant à raison de la nature des objets sur lesquels portait le gage, c'est-à-dire les métiers, que de la surveillance qu'il exerçait dans les lieux, les moyens de protéger très efficacement les droits du créancier gagiste pour lequel il avait consenti à détenir.

(1) V. en ce sens la note de M. Boistel, rapportée au Dalloz 1879, 1, 63, citée plus haut.

Il est au surplus⁵ admis par la loi, en matière de vente que la délivrance des effets mobiliers s'opère aussi bien par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent que par la tradition réelle (art. 1606, Code civil) (1).

On admet aussi que l'apposition de sa marque par le créancier vaut tradition de la chose constituée en gage (2).

19. — 2° *Marchandises.*

Les marchandises en magasin peuvent également faire l'objet d'un contrat de nantissement. Ce sont, comme le mobilier, d'exploitation des meubles corporels, et les règles applicables au matériel leur sont applicables ; ce qui implique l'obligation de mettre le créancier ou un tiers convenu en possession (3).

(1) V. en ce sens : Troplong, *Gage*, n° 299 ; Duranton, t. XVIII, n° 1115 ; Aubry et Rau, t. IV, § 432, note 21 ; Pont, *Petits contrats*, t. II, p. 617, n° 1125 ; Guillouard, *Nant.*, n° 95 1° ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantis.*, t. I, n° 69. — Sic : Aix, 21 février 1840 (S. 1850, 2, 570 ; *J. du Pal.* 1840, 1, 622 ; D. 1840, 2, 168) ; Cass. 11 août 1842 (S. 1842, 1, 925 ; *J. du Pal.* 1842, 2, 606 ; D. 1842, 1, 394) ; Bordeaux, 26 mai 1873 (S. 1874, 2, 5 ; *J. du Pal.* 1874, 85 ; D. 1876, 2, 23) ; Trib. com. Marseille, 19 janvier 1887 (*Rec. de Marseille*, 1887, 1, 400).

V. cependant *contra* : La Martinique, 4 mars 1868 (S. 1871, 1, 41 ; *J. du Pal.* 1871, 145 ; D. 1871, 1, 232) ; Laurent, t. XXVIII, n° 473 ; Dutruc, *Dict. du contentieux commercial*, V° Gage commercial, n° 48.

(2) V. en ce sens : Pont, *Petits contrats*, t. II, n° 1130 ; Guillouard, *Nantissement*, n° 96.

(3) V. en ce sens : Rennes, 15 décembre 1885 (*Rec. de Nantes*, 1886, 77). — Dans l'espèce le créancier gagiste avait placé les marchandises

Mais ce sont seulement les marchandises en magasin au moment du contrat qui peuvent être données en gage. Celles qui y entreront ultérieurement ne peuvent être données en gage à l'avance. C'est bien là ce qui résulte nécessairement de l'obligation imposée au débiteur de mettre en possession le créancier ou un tiers convenu. C'est aussi une conséquence nécessaire du principe posé par l'article 2074 du Code civil en vertu duquel l'acte de nantissement doit contenir la désignation exacte de la chose remise en gage, dans le cas où le gage a le caractère civil.

De ce que le commerçant ne peut point à l'avance engager les marchandises qui entreront ultérieurement dans ses magasins, il ne faut point conclure qu'il ne peut pas engager à l'avance les marchandises qu'il a déjà achetées et qui sont dès à présent en cours de route. La tradition à leur égard s'opère par la remise des documents au créancier, connaissance, police

constituant l'objet du gage dans un magasin appartenant à la société débitrice et que celle-ci lui avait loué ; mais il avait ensuite remis la clef de ce magasin à l'un des administrateurs délégués de la société et laissé à celui-ci la libre disposition des lieux. Le magasin avait été tenu constamment ouvert aux clients de la société, sans aucune opposition de la part du créancier. « Dans ces conditions, dit l'arrêt, et alors que le public trompé par l'apparence devait nécessairement considérer le magasin comme une véritable dépendance de l'usine et les marchandises y déposées comme une valeur sociale libre de tout privilège, le créancier ne peut prétendre avoir conservé la possession réelle et effective du gage qu'exigent impérieusement l'article 92 du Code de commerce et l'article 2076 du Code civil. »

d'assurance, lettre de voiture ou tous autres titres. L'article 92 2° du Code de commerce est formel à cet égard (1). Il importe seulement que, à aucun moment, le créancier ne se dessaisisse de la possession entre les mains du débiteur, car alors celui-ci pourrait se donner une fausse apparence de crédit et tromper ainsi les tiers, ce que le législateur a précisément voulu éviter ; aussi, dès que le créancier se dessaisit de sa possession symbolique, ne fût-ce qu'un moment, il doit être considéré comme ayant renoncé à son privilège (2).

20. — 3° *Droit au bail.*

Le droit au bail est, nous l'avons vu, un meuble incorporel. Rien ne s'oppose à ce qu'il puisse être va-

(1) Jugé même que la possession matérielle de la marchandise à son arrivée n'ajouterait rien à la possession symbolique résultant de la remise du connaissement : Cass. 31 mai 1892 (*Gaz. Pal.* 1892, 1, 779, S. 1894, 1, 81). Dans l'espèce le débiteur avait donné en gage successivement à deux créanciers une même marchandise par la remise à ceux-ci de deux exemplaires du connaissement ; le créancier nanti en second lieu s'était fait remettre la marchandise par le capitaine à l'arrivée. La Cour de Cassation a décidé que le concours des créanciers devait se régler par l'antériorité de leurs titres et que la prise de possession matérielle par le second créancier en date, n'ajoutait rien à son droit.

(2) Jugé à cet égard que le créancier gagiste mis en possession par la remise du connaissement, cesse d'avoir la possession et perd par suite son privilège s'il se dessaisit du connaissement entre les mains du débiteur, lequel acquitte les droits de douane, prend livraison des marchandises, les décharge et les facture en son nom au vu et au su du créancier gagiste : Cass. 9 avril 1894. (D. 1894, 1, 409), et la note de M. Boistel dans ce recueil.

lablement donné en nantissement dans le cas où il est constaté par un titre, ce qui est le plus généralement le cas.

Les formalités à remplir seront les suivantes :

a) Pour se conformer à l'article 2075 du Code civil, l'acte de nantissement sera signifié au débiteur, c'est-à-dire au propriétaire des lieux loués (1).

b) Pour se conformer aux articles 2076 du Code civil et 92 du Code de commerce, le dessaisissement du débiteur constituant aura lieu par la remise au créancier du titre du bail. Il n'est pas nécessaire que le preneur fasse, en outre, aux créanciers la remise effective des lieux loués (2).

Le titre du bail peut être un titre authentique ou sous seing privé. Si le titre est authentique et a été

(1) V. en ce sens : Cass. 13 mai 1859 (S. 1859, 4, 913, *J. du Pal.* 1859, 572, D. 1859, 4, 467) ; 6 mars 1861 (S. 1861, 4, 713, *J. du Pal.* 1861, 1132, D. 1881, 4, 418) ; Grenoble, 4 janvier 1860 (S. 1861, 2, 425, *J. du Pal.* 1860, 901, D. 1860, 2, 490) ; Paris, 11 avril 1866 (S. 1866, 2, 315, *J. du Pal.* 1866, 1146, D. 1867, 2, 40) ; 31 mai 1866 (ibid.) ; Sic : P. Pont, *Petits contrats*, t. II, n° 1133 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 705, § 432 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss., Privil. et Hyp.*, t. I, n° 66 ; Guillouard, *Nantis.*, n° 52 ; Laurent, t. XXVIII, n° 461.

(2) V. en ce sens : Cass. 13 avril 1859 (S. 1859, 4, 913, *J. du Pal.* 1859, 572, D. 1859, 4, 467) ; 6 mars 1861 (S. 1861, 4, 713, *J. du Pal.* 1861, 1132, D. 1861, 4, 418) ; Grenoble, 4 janvier 1860 (S. 1861, 2, 425, *J. du Pal.* 1860, 901, D. 1860, 2, 490) ; Paris, 21 juillet 1892 (D. 1893, 2, 108) ; Sic : Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantis., Privil. et Hypothèques*, t. I, n° 66 ; Guillouard, *Nantis.*, nos 52 et 92 ; Laurent, t. XXVIII, n° 461.

reçu en minute par le notaire, le dessaisissement exige-t-il la remise de la grosse au créancier? ou bien la remise d'une expédition sera-t-elle suffisante? Nous n'hésitons pas à penser que la remise de la grosse nous paraît nécessaire, bien que la loi ne l'ait point exigée en termes impératifs (1).

21. — 4° *Clientèle ou achalandage.*

Nous l'avons classée parmi les éléments de nature mobilière et immatérielle; c'est un droit éventuel qui a pour objet l'espérance d'un gain à réaliser. L'existence de ladite créance ne peut être constatée par aucun titre; le dessaisissement du débiteur serait donc impossible.

Dans ces conditions, nous l'avons vu *supra* n° 16, cette créance ne peut faire l'objet d'un nantissement. Le commerçant ne pourra pas compter sur cet élément de son patrimoine comme valeur de crédit.

22. — 5° *Nom ou enseigne.*

Ils ont la même nature que la clientèle, nature mo-

(1) V. en ce sens : Cass. 20 janvier 1883 (S. 1886, 4, 305, *J. du Pal.* 1886, 4, 732, D. 1886, 4, 403); 13 mars 1888 (S. 1888, 4, 302, *J. du Pal.* 1888, 4, 744, D. 1888, 4, 351); Bruxelles, 30 décembre 1874 (*Pasicrisie belge*, 1875, 2, 72); Sic : Laurent, t. XXVIII, n° 478; Guil-louard, *Du nantissement*, n° 91; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantis., Privil et Hypoth.*, t. I, n° 76; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. commercial*, t. III, n° 281; Lyon-Caen, *Note rapportée au Sirey*, 1886, 4, 305. — Voir cependant *contra* : Liège, 31 décembre 1859 (*Pasicrisie belge* 1860, 2, 133).

bilière ou immatérielle ; l'existence n'en peut être constatée par aucun titre ; ils ne peuvent pas faire l'objet d'un nantissement. Le commerçant ne pourra pas compter sur cet élément de son patrimoine comme valeur de crédit.

23. — Il ressort de ces explications que si l'on envisage isolément les différents éléments qui constituent le fonds de commerce, le nantissement ne peut être constitué que sur le mobilier ou le matériel d'exploitation, les marchandises en magasin ou en cours de route et le droit au bail lorsqu'il existe ; au contraire, il est impossible sur la clientèle, le nom et l'enseigne.

24. — Il s'agit maintenant de savoir si le commerçant va pouvoir faire échec aux dispositions de la loi, dispositions qui, nous l'avons vu et nous le répétons, ont pour but la sauvegarde des droits des tiers, en constituant en gage en bloc le fonds considéré comme une chose distincte des éléments qui le composent.

Il est tout d'abord un adage de droit qui dit qu'il n'est pas permis de faire indirectement ce qu'on ne peut pas faire directement. On ne peut pas faire porter le gage sur la clientèle, le nom et l'enseigne par voie de nantissement direct, il n'est donc pas permis, en les englobant dans d'autres valeurs qui, elles, peuvent être valablement remises en gage, de les constituer en nantissement de façon indirecte.

Tout ce qu'on pourrait admettre, c'est que si le nantissement est valablement constitué sur les autres valeurs auxquelles la clientèle, le nom et l'enseigne ont été joints, le gage n'est point nul pour le tout et le créancier peut exercer son droit de préférence sur ces autres valeurs (1).

On pourrait être tenté de défendre l'opinion contraire par la théorie de l'indivisibilité et dire que le fonds de commerce doit être envisagé comme un tout indivisible dans lequel viennent s'absorber des éléments de nature diverse. Cet argument pourrait se soutenir, s'il existait entre les éléments du fonds une indivisibilité *absolue*, c'est-à-dire une union si intime que l'esprit ne pourrait pas concevoir leur séparation ; mais ce n'est pas du tout là le caractère de cette soi-disant indivisibilité, elle n'existe jamais que par la volonté des parties, elle est toute *relative*, et cela est si vrai que nous avons admis sans difficulté et qu'il n'est point contestable que plusieurs des éléments appelés à composer ce tout peuvent être valablement constitués en nantissement.

On ne peut tirer non plus aucun argument de ce que la vente ou cession des fonds de commerce peut se réaliser, de l'avis de tout le monde, d'une façon globale. On ne peut en tirer aucune conséquence à l'égard du nantissement. Aucune règle de droit ne s'oppose à ce qu'on fasse une vente globale. Cette vente là sera va-

(1) Rapp. Thaller, *Ann. de Droit commercial* 1889, *Législ.* p. 222.

lable tout comme l'aurait été la vente séparée des différents éléments composant le fonds. Mais il y a pour cela une raison, c'est que, en matière mobilière, la loi n'édicte aucune formalité pour que la vente soit parfaite à l'égard des tiers ; le seul accord de volontés suffit en tous les cas. Pour le nantissement il n'en va pas de même.

Nous n'hésitons donc pas à conclure que le fonds de commerce, considéré comme un tout distinct des éléments qui le composent, ne peut être constitué en nantissement, et qu'il est nécessaire de suivre à l'égard de chacun des éléments les règles spéciales qui conviennent à sa nature intrinsèque.

25. — Cette théorie n'a jamais été soutenue en doctrine et il y a lieu de s'en étonner, étant donné qu'elle est la conséquence nécessaire des principes posés par la loi et que nous résumons ainsi : Le législateur de 1804 a divisé les meubles en meubles par nature ou meubles corporels et meubles par la détermination de la loi ou meubles incorporels (art. 527 et 529 du Code civil) ; il a prévu la dation en nantissement des uns et des autres en édictant des formalités applicables aux uns ou aux autres (art. 2075 et 2076 du Code civil). Mais le fonds de commerce, conception économique toute nouvelle ne peut rentrer dans cette classification, car il se compose d'éléments disparates dont l'adaptation est impossible à réaliser.

Dans la jurisprudence, une seule décision s'est rap-

prochée de la solution que nous préconisons ; elle émane du tribunal de commerce de la Seine ; mais bien qu'elle soit fortement motivée, elle ne présente peut-être pas toute la clarté désirable (1).

(1) V. Trib. com. Seine, 21 novembre 1895 (*Gaz. Pal.* 1896, 1, 194).

Dans l'espèce, le nantissement portait sur le fonds de commerce en y comprenant la clientèle, l'achalandage et le matériel ainsi que le droit au bail. Le débiteur constituant avait remis son acte de vente et ses baux, et l'acte de nantissement avait été signifié au propriétaire de l'immeuble.

« Attendu, dit le jugement, qu'Astier frères et Cie et Sabot (créanciers gagistes) soutiennent que le nantissement qui leur a été consenti par V^{ve} Barbot serait régulier aussi bien en raison de sa nature que de l'observation des prescriptions de la loi en matière de gage, et que les prétentions de Malle ès-qualités (syndic de la faillite du débiteur) ainsi que celles des créanciers intervenants, devraient être repoussées ; que de l'exposé qui précède il appert que le nantissement dont s'agit avait pour objet le fonds de commerce de V^{ve} Barbot ; que les défendeurs ont fait plaider que le nantissement d'un fonds de commerce s'opérerait suffisamment par la remise au créancier nanti de l'acte de vente et du bail des lieux où ce fonds est exploité et par la signification de l'acte de nantissement au bailleur, en conformité des articles 2074 et 2075 du Code civil, sans qu'il soit nécessaire que le créancier soit mis en possession effective des lieux loués ; — Mais attendu que le nantissement est un privilège constitué par le débiteur à son créancier et que les privilèges sont de droit étroit ; que les dispositions légales qui régissent le gage ne sont pas énonciatives, mais limitatives et impératives ; que les articles 2074 et 2075 dont excipent les défendeurs prescrivent les actes nécessaires à la constitution du gage et que l'article 2076 dispose expressément que dans tous les cas le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession d'un créancier ou d'un tiers convenu ; — Attendu que la loi de 1863, en simplifiant les formalités nécessaires à la constitution du gage commercial, a maintenu sans altération les principes qui sont l'essence même de la constitution de ce privilège,

26. — Un autre jugement du même tribunal est aussi arrivé à la même solution, mais par des motifs tout différents de ceux par lesquels nous l'avons justifiée. Suivant le tribunal de commerce de la Seine, dont émane

principes qui subsistent dans la nouvelle rédaction des articles 2071 à 2084 du Code civil, que la préoccupation du législateur a été manifestement d'empêcher les fraudes auxquelles pourraient donner lieu la constitution du gage et la soustraction par le débiteur de partie de ses biens dont il pourrait se servir pour avantager un ou plusieurs de ses créanciers au détriment des autres ; que les créanciers d'un commerçant ne font pas seulement confiance à sa personne, mais à ses biens, gage apparent de leurs créances et consistant dans le fonds de commerce de leur débiteur, ainsi que dans le matériel ou les marchandises qui le garnissent ; *que la question qui se pose tout d'abord dans le litige actuel et qu'il convient d'examiner est celle de savoir si un fonds de commerce peut faire l'objet d'un nantissement* ; — Attendu qu'un fonds de commerce est une chose complexe qui se compose de divers éléments, lesquels tous concourent à le constituer et à lui donner sa valeur ; que, d'une manière générale, on peut dire que le fonds de commerce, en dehors du matériel et des marchandises le garnissant, se compose du nom commercial et de la notoriété qui s'y rattache, de l'enseigne, de la clientèle et achalandage, du droit au bail, de l'usage des marques de fabrique s'il en existe, de la dénomination des produits principaux, propriétés de la maison en vertu de l'antériorité, des dénominations autres que l'enseigne, mais inséparables de la notoriété acquise ; que l'un de ces éléments pourra, dans une espèce particulière en former la valeur principale, mais non la valeur unique car autrement il n'existerait pas de fonds de commerce, mais un droit quelconque qui, au lieu d'être partie d'un tout, serait le tout lui-même ; qu'ainsi, si dans une espèce il était établi que la valeur du soi-disant fonds de commerce ne réside uniquement que dans la jouissance d'un bail d'une certaine durée à un prix avantageux, se rapportant à des lieux particulièrement bien situés, il n'y aurait pas, le cas échéant, vente d'un fonds de commerce, mais simplement cession d'un bail ; qu'il en serait de même si l'établissement

ladite décision, il y aurait un obstacle insurmontable à ce qu'un fonds de commerce puisse être constitué en nantissement par les raisons suivantes. Le gage suppose la mise en possession du créancier ou d'un tiers

n'avait d'autre valeur que celle de l'enseigne, et que, le cas échéant, il y aurait cession de l'usage de l'enseigne et non vente d'un fonds de commerce ; — Attendu que le droit au bail ne représente que la jouissance des lieux, subordonnée à l'exercice des droits du propriétaire qui peut aller jusqu'à l'expulsion en cas de non paiement des loyers ; que la clientèle et l'achalandage s'acquièrent et se conservent au moyen de la notoriété du commerçant, acquise par son expérience, ses talents, sa probité, non moins que par l'excellence de ses produits ; que l'enseigne nominale ou emblématique liée à cette notoriété est le pavillon qui couvre la marchandise, concourt à empêcher la confusion avec d'autres établissements, comme la désignation spéciale de certains produits éloigne cette confusion avec les produits similaires ; — Attendu que, admettant pour un instant que le droit au bail soit susceptible d'être l'objet d'un nantissement, *il faudrait que le gage soit strictement limité à ce droit lui-même*, car le propriétaire qui a consenti le bail et auquel le nantissement serait signifié, n'a aucun droit de privilège, en sa qualité de créancier éventuel, sur les éléments qui composent le fonds de commerce autres que les marchandises, le matériel et les objets mobiliers ; que ce privilège ne frappe pas les droits incorporels du commerçant ; que si c'est en sa qualité de créancier privilégié sur les objets mobiliers qui garnissent les lieux que le nantissement lui sera signifié, cette signification devra être portée à la connaissance de tous les autres créanciers du commerçant resté en possession de l'usage des lieux loués, car ces créanciers, s'ils n'ignorent pas le privilège du propriétaire ne sauraient se voir plus tard opposer un autre privilège dont la constitution aurait eu lieu à leur insu et sans que rien ait pu leur en révéler l'existence ; que de la constitution d'un tel nantissement, il pourrait résulter pour le créancier gagiste cette situation que son gage réputé remis entre ses mains, serait anéanti par le propriétaire, survenant l'expulsion du locataire, faute de paiement des loyers ; qu'en fait il y aurait d'afon

convenu ; or, la mise en possession est impossible lorsqu'il s'agit d'un fonds de commerce car la gestion d'un fonds ne peut avoir lieu de toute nécessité que par le titulaire lui-même ou par un mandataire de celui-ci ;

d'une garantie plus ou moins analogue à un privilège de deuxième rang, soumis à l'exercice du privilège de premier ordre, mais il n'y aurait pas de constitution de nantissement, aux termes de la loi, sur un gage qui ne serait jamais entré en la possession réelle du créancier ; — Attendu que si le droit au bail ne saurait constituer pour le créancier qu'un gage précaire et insuffisant, même si le nantissement est accompagné de la publicité nécessaire, il faut reconnaître que le gage ne saurait avoir pour objet le nom commercial et la notoriété du commerçant qui, bien plus que le droit au bail, sont les éléments essentiels du fond de commerce et ne sauraient être atteints par des mesures qui ne frappent que des objets mobiliers, des titres ou des créances ; qu'inséparables de la clientèle et de l'achalandage, le nom commercial et la notoriété du commerçant suivent ce commerçant dans les lieux nouveaux où il lui convient de se transporter pour sa seule convenance, et que ces éléments principaux du fonds de commerce échappent au privilège du propriétaire si le changement de domicile a lieu au cours du bail ; qu'il est impossible de comprendre la continuation de l'industrie par le commerçant dessaisi de tout ce qui constitue son fonds de commerce, privé de l'usage de son nom commercial, de l'enseigne, des marques de fabrique et des désignations génériques des produits, et que cet usage, nécessairement continu et ininterrompu par le commerçant débiteur, est incompatible avec l'observation de la loi en matière de gage, le nantissement eût-il pour objet des droits incorporels ; — Attendu dès lors qu'il apparaît à l'évidence que si le dessaisissement ne peut avoir lieu pour le nom commercial et la notoriété génératrice de la clientèle et de l'achalandage qu'autant que le débiteur cesse le commerce, c'est que le commerçant ne peut disposer que par la cession des éléments essentiels de son fonds de commerce ; *que si, dans des espèces particulières et dans des conditions déterminées, le débiteur pourra donner en garantie à son créancier son droit au bail, droit limité à l'usage des lieux*

de sorte que le nantissement est nul aussi bien lorsqu'il a lieu avec dessaisissement car, dans ce cas, il sous-entend une condition impossible, que lorsqu'il a lieu sans dessaisissement (1).

loués, il ne saurait lui donner en gage son fonds de commerce et qu'il peut seulement, avec la publicité nécessaire, en faire l'objet d'une vente à réméré sinon d'une cession pure et simple ; que la constitution d'un nantissement qui dessaisit le débiteur sans le dépouiller de la propriété ne pourra s'opérer, aux termes formels de la loi, que par la transmission réelle au créancier, jusqu'au paiement de la dette, de la chose donnée en gage ; — Attendu qu'il vient d'être démontré que cette chose ne saurait être formée des éléments *in globo* qui constituent le fonds de commerce ; qu'un tel gage, constitué contrairement aux prescriptions impératives de la loi, est nul en soi et inexistant au regard des tiers ; que, ceci établi, il est sans intérêt de rechercher si les formalités prescrites en matière de gage ont été ou non remplies en l'espèce, dès lors que le prétendu gage dont il est excipé est *nul en raison de son objet* ; etc. »

(1) Trib. com. Seine, 18 janvier 1896 (*Gaz. Pal.* 1896, 4, 258, S. 1897, 2, 89).

Dans l'espèce, l'acheteur d'un fonds de commerce s'était engagé à donner en nantissement à son vendeur le fonds comme garantie du prix, et, faute par lui de réaliser sa promesse, le vendeur avait été obligé de l'assigner en régularisation du nantissement.

« Attendu, dit le jugement, que la possession d'un fonds de commerce ne consiste pas en la détention seulement d'un objet mobilier ou d'un droit incorporel, mais d'un ensemble d'objets mobiliers et de droits incorporels formant un tout indivisible qui doit, pour ne point périr, être géré et administré d'une façon continue et ininterrompue ; que les nécessités et les conséquences de cette gestion sont un obstacle insurmontable à l'établissement pur et simple du dépôt aux mains du créancier de la chose donnée en gage ; que cet obstacle est le même pour le dépôt aux mains d'un tiers convenu ; — Attendu que le titulaire d'un fond de commerce ne saurait, en fait, que le gérer lui-même ou le faire gérer par un tiers, son mandataire ; que, s'il en était

C'est ingénieux assurément, mais nous ne croyons pourtant pas que l'argument tiré de la condition impossible soit décisif, car on ne voit pas, même pratiquement, d'impossibilité matérielle à ce que le débiteur

autrement, le débiteur cesserait son commerce et disparaîtrait au regard des tiers; qu'en l'espèce et en admettant pour un instant que les prétentions de la demanderesse (le vendeur du fonds) puissent être accueillies, la situation qui en résulterait ne comporterait que deux hypothèses : remise du fonds de commerce entre les mains du créancier, ou remise de ce fonds entre les mains d'un tiers convenu ; — Attendu que, dans l'un ou l'autre cas, la gestion devrait appartenir soit au créancier, soit au tiers convenu, car autrement il n'y aurait pas de dessaisissement, que dans le premier cas le créancier ne saurait gérer pour son compte, car ce faisant il ferait acte de propriétaire et n'aurait point livré la chose cédée ; que le contrat de vente n'aurait point été accompli ; — Attendu que d'un autre côté il ne saurait gérer aux risques et périls de son successeur sans être le mandataire de celui-ci, ce qui rendrait fictif le dessaisissement ; que, dans la deuxième hypothèse, le tiers convenu, mandataire des parties, quant au dépôt, ne serait également que le mandataire du débitant, quant à la gestion, et que la situation serait identique à celle de la première hypothèse ; — Attendu en outre que l'on se demande, dans l'un ou l'autre cas, quelle serait la situation des tiers qui feraient confiance au fonds de commerce, et s'il serait possible d'admettre, vis à vis de ces tiers, la responsabilité du titulaire du fonds, dessaisi de son administration, spectateur des fautes commises, mais incapable d'intervenir sans faire cesser le dessaisissement, condition essentielle du nantissement ; que l'on arriverait à cette situation incompréhensible d'un fonds de commerce appartenant à un titulaire irresponsable, et administré par un gérant également irresponsable, qui n'aurait pas la qualité de dépositaire ; — Attendu dès lors que, si le nantissement sans dessaisissement est nul comme contraire aux prescriptions de la loi en matière de gage, le nantissement avec dessaisissement est également nul comme constituant la condition impossible prévue par l'article 1172 Code civil; qu'en l'espèce, l'obligation de constituer avec le fonds de com-

délaisse la gestion de son fonds au créancier ou à un tiers pour le compte de celui-ci. Nous convenons volontiers que cela serait anormal, mais de là à conclure à l'impossibilité, il y a un pas qu'on ne peut pas franchir (1).

SECTION II

CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE.

27. — La jurisprudence a cru devoir s'écarter des principes que nous avons rappelés plus haut. Elle a admis la possibilité de constituer le fonds de commerce en nantissement dans son ensemble (2) et alors elle

merce cédé, un nantissement au profit du vendeur, introduite dans l'acte de cession de dame Certonciny (le vendeur du fonds) nulle en soi, doit être réputée inexistante, mais que cette nullité n'entraîne pas celle de l'acte lui-même dont l'exécution reste soumise, quant aux autres stipulations y contenues, aux obligations réciproques des parties, etc... »

(1) Dans l'espèce sur laquelle le tribunal a eu à statuer, l'impossibilité en tant qu'elle était basée sur la crainte d'incapacité du créancier, ne pouvait être soutenue, car c'était le vendeur du fonds auquel le fonds avait été promis en nantissement, qui en demandait la remise à son profit, et apparemment il devait l'avoir bien géré jusque là puisque l'acheteur avait jugé bon d'en faire l'acquisition.

(2) On ne relève que deux exceptions à cette jurisprudence : V. trib. com. Seine, 24 novembre 1895 et 18 janvier 1896 rapportés *supra* en note sous les nos 25 et 26.

s'est trouvée en présence de difficultés inextricables sans solution acceptable relativement aux formes à observer.

Il lui fallait, en effet, sacrifier nécessairement l'intérêt des tiers ou celui des débiteurs.

Elle sacrifiait l'intérêt des tiers en autorisant le nantissement des fonds de commerce sans dessaisissement effectif, parce que la sécurité des relations commerciales s'accommode malaisément qu'un privilège puisse être établi sur un fonds de commerce sans que ce privilège se révèle aux tiers d'une façon ostensible et permanente.

Elle sacrifiait l'intérêt des débiteurs en les contraignant à se dessaisir, car autant aurait valu leur interdire de se servir de leurs fonds comme valeurs de crédit, que de leur dire : vous pourrez emprunter sur vos fonds mais vous vous dessaisirez du même coup de la gestion.

Possession réelle ou possession juridique ou fictive, l'un n'était pas plus recommandable que l'autre, et par suite, quel que fut le procédé mis en œuvre pour régulariser le nantissement d'un fonds de commerce, l'opération apparaissait comme préjudiciable aux intérêts mêmes qu'elle prétendait servir.

Quoiqu'il en soit, étudions les différents systèmes que nous a proposés la jurisprudence.

28. — Pour la Cour de Cassation, le fonds de com-

merce est une *universalité juridique* dont la nature est déterminée par ses éléments essentiels ; certains de ses éléments sont incorporels, l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, l'achalandage ; d'autres sont corporels, le matériel et les marchandises. Suivant la nature du commerce ou (car la pensée de la Cour suprême est loin d'être claire) suivant l'importance respective de l'élément incorporel ou de l'élément matériel, le nantissement est subordonné aux formalités du nantissement des meubles incorporels ou à celles du nantissement des meubles corporels (1).

(1) Cass. 13 mars 1888 (*Gaz. Pal.* 1888, 4, 649, S. 1888, 4, 302, D. 1888, 4, 351) :

« La Cour, sur le moyen unique pris de la violation et fausse application des articles 2073, 2076, 2102 du Code civil, 91 et 92 du Code de commerce ; — Attendu que par acte notarié les époux Robin ont pour sûreté d'un prêt de 40,000 francs donné en nantissement à Poydenot le fonds de commerce désigné sous le nom de Splendide hôtel par eux exploité à Cannes et comprenant la clientèle et l'achalandage, le droit au bail de l'immeuble, le mobilier et le matériel servant à l'exploitation ; — Attendu que ledit fonds de commerce constituait ainsi une universalité juridique composée d'éléments divers, dont les uns, le matériel et le mobilier, étaient des meubles corporels et dont les autres, le titre, l'achalandage et le droit au bail, avaient le caractère de meubles incorporels ; — Attendu que la partie essentielle d'un fonds de commerce de cette nature est l'enseigne, l'achalandage et le droit au bail ; que ce sont principalement ces éléments qui les constituent, et que le mobilier proprement dit, n'est qu'un instrument de son exploitation ; — Attendu, d'ailleurs que l'arrêt attaqué déclare que, dans l'espèce, rien ne permet d'attribuer au mobilier et au matériel une valeur supérieure à celle des autres éléments du fonds de commerce, objet du nantissement ; qu'en jugeant dans ces circons-

Conséquences au point de vue des formalités exigées :
1^{re} hypothèse. — L'élément immatériel est le plus important.

Le dessaisissement fictif suffit. Le créancier sera valablement nanti s'il s'est fait remettre tous les titres qui établissent l'existence des droits du débiteur sur le fonds, c'est-à-dire l'acte d'acquisition du fonds s'il l'a acquis à titre onéreux, l'état liquidatif de succession, ou communauté, ou l'acte de donation si l'acquisition a eu lieu à titre gratuit. Le créancier doit enfin se faire remettre l'acte de bail considéré comme le titre représentatif de la créance résultant du droit au bail.

Ainsi il est satisfait aux articles 2076 du Code civil et 92 du Code de commerce.

En outre, le créancier doit signifier le contrat de gage au propriétaire de l'immeuble où le fonds est exploité, c'est-à-dire au débiteur de la créance que représente le droit au bail. Cela pour satisfaire à l'article 2075 du Code civil.

2^e hypothèse. — L'élément matériel est le plus important.

Le dessaisissement réel s'impose, pour satisfaire aux articles 2076 du Code civil et 92 du Code de commerce, entre les mains soit du créancier gagiste soit d'un tiers convenu.

tances que ledit fonds de commerce pris dans son ensemble était un meuble incorporel, la Cour de Grenoble n'a violé aucune loi... »

29. — Que vaut cette théorie ?

Le fonds de commerce, dit la Cour de Cassation, constitue une *universalité juridique*.

Arrêtons-nous un moment pour savoir ce que la Cour suprême a pu vouloir entendre par là.

On l'a beaucoup critiquée pour avoir prononcé ce mot (1) et on a bien fait, car en théorie pure l'expression est tout à fait inexacte.

Pour que le fonds de commerce fut une universalité juridique, il faudrait que, comme tel, il fut considéré *par la loi* comme étant entièrement distinct des éléments qui le composent. L'universalité juridique suppose, en effet, un patrimoine ayant ses créances et ses dettes, tel que l'hérédité. Dans notre droit le même individu ne peut avoir plusieurs patrimoines (art. 2093 du Code civil). Au contraire, en droit romain on pouvait diviser son avoir en plusieurs patrimoines. Le pécule, par exemple, que le *paterfamilias* avait coutume de constituer au profit d'un fils ou d'un esclave qu'il voulait préposer à la direction d'un commerce ou d'une expédition maritime constituait un patrimoine distinct de son patrimoine propre ; notre Code ayant formellement repoussé une semblable théorie, il est impossible de la créer arbitrairement, cela ne pourrait être fait que par un texte formel. On se trouve en présence de la règle de

(1) V. Thaller, *Ann. de dr. comm.* 1889, Doct., p. 221 ; Wahl, *Note rapportée au Sirey*, 1897, 2, 89.

l'article 2093 aux termes duquel celui qui s'oblige oblige en même temps tous ses biens.

En réalité, le fonds de commerce est donc non pas une universalité juridique mais une universalité de fait, dont les éléments ne sont indivisibles que dans la pensée et par la volonté des parties (1).

Cette critique adressée à l'expression employée, il faut reconnaître que la Cour de Cassation n'a point voulu lui donner le sens de son acception propre et théorique ; nous sommes, il ne faut pas l'oublier, dans le domaine de la pratique et non dans celui de la théorie, et nous ne devons pas attacher une importance trop considérable aux mots. La Cour de Cassation n'a évidemment vu dans le fonds de commerce, comme tous les auteurs, qu'une universalité de fait.

Nous ne voyons aucun inconvénient à ce que le fonds de commerce soit considéré ainsi. Nous l'avons déjà dit, et d'ailleurs il n'y a rien à faire contre cet usage devenu constant au cours de ce siècle.

Mais après avoir déclaré que le fonds de commerce constitue une universalité juridique, la Cour de Cassation aurait pu dire que la nature de certains des éléments composant cette universalité s'opposait à ce que cet ensemble pût être donné en nantissement. C'est la théorie que nous avons admise ; la Cour suprême ne

(1) Aubry et Rau, t. II, § 464^{bis} ; Demolombe, *Distinct. des biens*, t. I, n° 403.

s'est point arrêtée à cette solution et poursuit ainsi son raisonnement :

Tous les meubles corporels ou incorporels peuvent en principe faire l'objet d'un gage (1), le fonds de commerce, considéré comme universalité, est donc susceptible d'être donné en gage (2).

Il s'agit de savoir dans laquelle de ces deux catégories de biens meubles il convient de le faire rentrer, puisque les formalités édictées dans l'intérêt des tiers pour la validité du gage varient suivant que le meuble est corporel ou incorporel.

La solution de cette question n'est pas facile : le fonds de commerce se compose en effet d'éléments corporels (le matériel et les marchandises) et d'éléments incorporels (le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail, l'achalandage). Il faut prendre un parti ; la Cour de Cassation n'hésite pas ; en vertu de la théorie de l'accessoire qui suit le sort du principal, elle dé-

(1) La doctrine et la jurisprudence s'accordent cependant à reconnaître, en ce qui concerne les meubles incorporels, que la remise du titre étant nécessaire pour le nantissement d'une créance, une créance sans titre ne peut être donnée en gage. V. *supra*, n° 46. Nous avons soutenu dans la section précédente que c'était là précisément la raison pour laquelle les fonds de commerce ne pouvaient pas être donnés en gage.

(2) On a soutenu que, en vertu de la théorie de l'accessoire qui suit le sort du principal, les éléments corporels pourraient être compris dans le nantissement portant sur les éléments incorporels, mais nous ne pouvons partager cette opinion, car il est certaines hypothèses où les éléments corporels ont une valeur beaucoup plus grande que les

cide que le fonds de commerce sera considéré dans son ensemble comme meuble corporel ou comme meuble incorporel, suivant que les éléments corporels ou les éléments incorporels auront plus ou moins d'importance ; la prise de possession sera donc réelle ou fictive suivant cette distinction qu'il appartiendra au juge du fait de faire.

30. — Ce système répond-il à une idée exacte en pratique et est-il de nature à nous satisfaire ?

Il ne faut pas hésiter à répondre non.

Le fonds de commerce, si nous le prenons dans la pratique et dans son ensemble, se comporte dans tous les cas de la même façon. Que fait-on dans le système de la Cour de Cassation ? On le dissèque, on le coupe par tranches et l'on dit : ceci est essentiel, cela est accessoire ; et cette analyse faite, on prétend mesurer l'importance respective de ceci ou de cela pour juger que le fonds est tantôt un meuble corporel, tantôt un meuble incorporel. Un pareil raisonnement est contraire à la réalité des faits ; il est purement arbitraire. Il est impossible de considérer le fonds de commerce tantôt comme un meuble corporel, tantôt comme un meuble incorporel, pour lui appliquer des règles différentes suivant l'un ou l'autre cas. S'il en était ainsi, le

éléments incorporels, ils ne peuvent être considérés comme un accessoire, marchands forains par exemple.

même fonds pourrait changer plusieurs fois de nature au cours de son existence, suivant qu'il y aurait ou qu'il n'y aurait pas un grand stock de marchandises en magasin, suivant que la clientèle aurait diminué ou augmenté, suivant enfin que le propriétaire du fonds aurait encore la jouissance des lieux pour un long ou pour un court délai.

Dans ses conséquences pratiques, ce système est aussi inacceptable, car il doit nécessairement donner lieu à toutes sortes de fraudes contre les tiers. Les parties, dans l'appréciation de cette valeur respective des différents éléments, feront toujours ressortir dans les actes qui seront dressés, l'élément incorporel comme prépondérant, car elles s'affranchiront ainsi, le créancier de l'obligation de gérer ou de faire gérer le fonds avec toutes les responsabilités qui pourraient en découler, le débiteur de l'obligation de se dessaisir qui pourrait être pour lui la ruine. Et alors, comment les tiers feront-ils pour démasquer la fraude ? Où les tribunaux appelés à trancher ces procès trouveront-ils les documents pour apprécier sainement ?

Ce n'est pas tout. Plaçons-nous dans l'hypothèse où l'élément incorporel l'emporte sur l'élément corporel. La publicité consiste, dans ce cas, à mettre le créancier en possession des titres constatant en la personne du débiteur la propriété du fonds et de l'acte de bail, et à signifier au propriétaire de l'immeuble le contrat de gage ; c'est ce que nous avons appelé la possession fictive ou

symbolique. Mais elle constitue au moins un semblant de publicité. Or, supposons que le débiteur ait lui-même créé son fonds et qu'il l'exploite dans un immeuble qui lui appartient ; quels titres pourra-t-il remettre ? Il n'en aura aucun. Comment les tiers pourront-ils connaître le contrat ?

Et, en admettant même que le débiteur exploite dans un immeuble qu'il a loué, qu'il ait acheté le fonds et ne l'ait point créé lui-même, quelle sécurité de plus y aura-t-il pour les tiers ? Le commerçant, après avoir donné son fonds en nantissement, est resté en possession de celui-ci ; les tiers qui contractent avec lui ont la précaution de lui demander si son fonds est libre de tout nantissement ; que va-t-il répondre ? Il va avoir à sa disposition deux manières de les tromper : ou bien il leur dira qu'il a créé lui-même le fonds et que par conséquent il n'a pas de titres, ou bien il va leur exhiber la grosse de ces titres, car s'ils sont authentiques, il n'a pas été obligé d'en remettre la grosse au créancier, il a suffi qu'il lui remette des expéditions (1). S'il est vrai qu'en beaucoup de circonstances il est facile de vérifier, il ne nous paraît pas impossible d'imaginer des hypothèses pratiques ou ce sera sinon impossible du moins d'une certaine difficulté.

(1) Voir en ce sens : Cass., 20 janvier 1886 et 13 mars 1888 (*Gaz. Pal.* 1888, 1, 649).

31. — Les tribunaux civils et les cours d'appel n'ont pourtant pas hésité à suivre, le plus souvent, la voie qui leur était tracée par la Cour de Cassation, et la Cour suprême n'a pu être appelée depuis 1888 à statuer sur la question (1).

(1) Dans un certain nombre de décisions, la jurisprudence a décidé que l'élément incorporel étant le plus important, le fonds de commerce constituait dans son ensemble un meuble incorporel : Trib. civ. Seine, 15 janvier 1895 (*Gaz. Pal.* 1895, 1, 388, S. 1897, 2, 89) ; Lyon, 14 mars 1895 (*Gaz. Pal.* 1895, 2, 315, S. 1897, 2, 89) ; Paris, 4 janvier 1896 (*Gaz. Pal.* 1896, 1, 410, S. 1897, 2, 89) ; Paris, 7 août 1897 (*D.* 1898, 2, 437).

Dans une seule décision, la jurisprudence reconnaît à l'élément corporel un caractère prépondérant : Paris, 7 novembre 1898 (*Gaz. Pal.* 1898, 2, 603).

Nous reproduisons dans leur ordre de date ces différentes décisions :

1^{re} espèce. — Trib. civ. Seine, 15 janvier 1895.

Il s'agissait dans l'espèce du nantissement d'un fonds de commerce de marchand de vins.

« Attendu, dit le jugement, qu'un fonds de commerce de la nature de celui qui a été donné en gage par Bouthors doit être compris parmi les droits incorporels qui peuvent faire l'objet d'un contrat de gage ; qu'en effet les éléments essentiels qui constituent la valeur de ce fonds sous le titre ou l'enseigne, l'achalandage et le droit au bail, tandis que le matériel ou le mobilier proprement dit n'est qu'un instrument d'exploitation, c'est-à-dire un accessoire qui doit suivre le sort du principal ; — Attendu, en fait, que le matériel dépendant du fonds de commerce de Bouthors représente une valeur notablement inférieure à celle de l'achalandage et du droit au bail ; que dès lors aucune raison de droit ne s'opposait à ce que le fonds de commerce de Bouthors, étant considéré dans son ensemble comme un meuble incorporel, fût l'objet d'un contrat valable de nantissement ; — Attendu, en outre, que les formalités exigées par la loi ont été observées ; que l'acte de nantissement soumis à l'examen du tribunal est régulier en la forme et que les créanciers gagistes ont été mis en possession de la chose

32. — Pourtant il y a eu des dissidences sérieuses.
Un certain nombre de jugements et d'arrêts n'acceptent

donnée en gage, ainsi que le prescrit l'article 2076 du Code civil ; que cette prise de possession s'est effectuée suivant les règles admises en matière de meubles incorporels par la remise des titres qui sont la représentation de la valeur donnée en gage ; que Moullé jeune et conjoints (les créanciers gagistes) ont donc été effectivement et légalement nantis par la remise entre leurs mains : 1^o de l'acte d'acquisition passé entre Connault et Bouthors qui constituait le titre de propriété de ce dernier sur le fonds de commerce, 2^o de cession de bail consentie en 1894 par un locataire originaire, et 3^o de la cession de bail fait par Connault et Bouthors en décembre 1893, etc... » — Il importe de faire observer que le tribunal ne s'est pas expliqué sur le caractère nécessaire de la signification du nantissement du droit au bail exigible en vertu de l'article 2075 du Code civil.

2^e espèce. — Lyon 14 mars 1895.

Il s'agissait dans l'espèce d'un fonds de commerce de papiers peints :

« Considérant, dit l'arrêt, que si la mise en possession du créancier gagiste nécessite pour les meubles corporels leur tradition matérielle, elle s'opère pour les meubles incorporels par la remise des titres qui en constatent la propriété ; — Considérant qu'il importe dès lors, pour apprécier la validité du droit de gage prétendu par Martel, de déterminer la nature de l'objet sur lequel les parties ont voulu l'établir ; — Considérant à ce point de vue, que, quelle que soit la diversité de ses éléments, un fonds de commerce constitue un tout unique ayant un caractère et une existence propres, dont la nature juridique doit être déterminée d'après ses éléments essentiels, sans s'attacher au caractère des éléments accessoires ; — Considérant que, dans l'espèce, les éléments essentiels et permanents d'un commerce de la nature de celui de Vinzio sont le titre, l'enseigne, et l'achalandage, qui, de nature mobilière incorporelle, impose ce caractère à l'ensemble du fonds ; — Considérant que, si le matériel et les marchandises considérés isolément présentent les caractères de meubles corporels, ce sont, comme d'ailleurs le droit au bail, de simples accessoires du fonds, des moyens d'exploitation qui, destinés à être constamment renouvelés,

pas la demi-mesure de la Cour de Cassation et le dosage qu'elle recommande dans chaque affaire entre les

peuvent être changés, transformés, augmentés ou diminués sans porter atteinte à l'existence du fonds lui-même ; — Considérant que, l'ensemble du fonds de commerce ayant ainsi le caractère de meuble incorporel, sa dation en gage a été régulièrement réalisée par la remise au créancier Martel du titre d'acquisition et de propriété du débiteur Vinzio ; — Considérant que si Martel ne justifie pas de la remise, entre ses mains de l'acte de bail des lieux où s'exerçait le commerce de Vinzio, cette omission ne fait pas disparaître la régularité du droit de gage litigieux ; — Considérant en effet que d'après les conventions des parties, le gage n'avait pas été constitué d'une façon distincte et spéciale sur le droit au bail, mais d'une façon générale sur l'ensemble du fonds de commerce ; — Considérant que, constitué et conservé régulièrement sur l'ensemble de ce fonds, il s'étend nécessairement à tous ses accessoires, sans qu'il soit besoin de formalités spéciales pour chacun d'eux ; — Considérant dès lors, que la remise spéciale de l'acte de bail n'était pas plus nécessaire pour la validité du droit de gage général que la tradition matérielle des marchandises servant à l'exploitation du fonds de commerce ; — Considérant que si l'article 2073 du Code civil prescrit en principe la signification de l'acte constitutif du gage au débiteur de l'objet sur lequel le gage est constitué, sa disposition ne vise, d'après son texte même, que les créances données en nantissement et reste forcément inapplicable aux autres meubles incorporels, qui, comme le fonds de commerce, ne consiste pas dans un droit sur un tiers auquel la signification pourrait être faite ; — Considérant au surplus que Martel s'est conformé dans la mesure où cela lui était possible à la prescription de l'article sus-visé, en faisant signifier son titre au propriétaire de l'immeuble sur lequel s'exerçait le droit au bail compris dans l'ensemble du fonds de commerce qui lui avait été donné en gage, etc... » — On le voit, cette décision s'écarte un peu de la doctrine de la Cour de Cassation, en ce sens qu'elle ne considère pas la remise de l'acte de bail entre les mains du créancier comme nécessaire ; la remise de l'acte d'acquisition du fonds et la signification de l'acte de nantissement au propriétaire des lieux sont considérés comme suffisantes. La décision

éléments corporels et les éléments incorporels ; ils décident d'une façon absolue què, dans cet ensemble cons-

de la Cour de Lyon est en tous cas critiquable sur ce point spécial.
3^e espèce. — Paris, 4 janvier 1896.

Il s'agissait dans l'espèce d'un fonds de commerce de marchand de vin.

« Considérant, dit l'arrêt, qu'aux termes de l'acte de nantissement, signifié à Lerneux (le propriétaire des lieux), le nantissement consenti à Ligneau frères et à Hartmann a porté, non sur le fonds de commerce des époux Kuntz et sur le matériel et les marchandises considérés isolément, mais sur tous ces objets réunis et confondus en une seule et même universalité ; qu'une telle convention n'est contraire ni à la loi ni à l'ordre public et doit par conséquent recevoir son entière exécution lorsqu'elle est accompagnée des formalités propres à la rendre opposable aux tiers ; que le caractère juridique d'une universalité de fait, ainsi créé par la volonté des parties, ne peut être autre que son élément principal et essentiel ; que, dans l'espèce, cet élément a consisté dans le fonds de commerce, dont le matériel et les marchandises n'étaient que l'accessoire et se sont confondus avec lui dans un ensemble de nature mobilière et incorporelle ; qu'il en doit d'autant mieux être ainsi que la valeur pécuniaire du fonds de commerce des époux Kuntz était de beaucoup supérieure à celle de l'agencement, du matériel et des marchandises servant à son exploitation ; qu'il résulte des dispositions des articles 1689, 1690, 2075 du Code civil et 91 4^o du Code de commerce que le principe d'après lequel le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties, reçoit son exécution, en ce qui concerne les meubles incorporels par la remise du titre constitutif du droit donné en gage, et par la signification du contrat de nantissement au débiteur, lorsque ce droit consiste en une créance ; que Ligneau frères et Hartmann ont donc été saisis de leur gage tant à l'égard des tiers qu'à l'égard des époux Kuntz par l'accomplissement de ces formalités, etc... »

4^e espèce. — Paris, 7 août 1897.

Dans l'espèce il s'agissait du nantissement d'un fonds de commerce de marchands de vins.

« Considérant, dit l'arrêt, que l'article 2075 du Code civil autorise et

titué par les éléments divers qui concourent à la composition du fonds de commerce, ce sont toujours les

sanctionne le nantissement des meubles incorporels, sans distinguer s'ils sont l'objet d'un droit personnel ou d'un droit réel ; que les dispositions de l'article 2076 du même code sont étrangères au nantissement de ces biens puisqu'ils ne sont pas susceptibles d'une mainmise réelle et effective ; que le nantissement d'un droit personnel ou de créance s'opère, entre les parties, par la remise du titre qui la constitue, à l'égard des tiers, par la notification du nantissement au débiteur de la créance donnée en gage ; que, s'il s'agit du nantissement d'un droit réel ou de propriété, la remise du titre suffit ; que c'est à ces signes que les tiers doivent reconnaître l'existence du gage, et que, s'ils négligent ce moyen d'information, ils ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes ; — Considérant qu'en cas de vente d'un fonds de commerce avec ses dépendances et le droit au bail, le tout forme un ensemble indivisible dont la partie principale communique sa nature aux parties accessoires, conformément à la maxime *accessorium sequitur principale* ; que, dans un fonds de commerce ordinaire, sans notoriété spéciale, d'une exploitation facile pour tous, comme l'était le fonds de commerce de marchands de vins-traiteur géré par la dame veuve Barbot, la portion principale consiste dans l'agencement et le pas de la porte, d'où procèdent l'achalandage et la clientèle et qui sont de nature mobilière et incorporelle, etc..... »

5^e espèce. — Paris, 7 novembre 1898.

Dans l'espèce, il s'agissait du nantissement d'un fonds de commerce et usine de parfumerie.

« Considérant, dit l'arrêt, qu'il résulte des pièces du procès que les droits incorporels cédés n'étaient pas la partie principale et essentielle des objets donnés en gage et qu'au contraire les meubles corporels en constituaient la réelle valeur pour la plus grande partie ; — Considérant que le caractère juridique d'une universalité de fait ainsi créée par des emprunteurs doit ressortir de son élément principal, et que, dans l'espèce, cet élément dominant était le matériel et le mobilier des époux Cabridens ; — Considérant que le gage était dès lors corporel ; qu'à l'encontre des tiers les seules modifications n'ont pu opérer le dessaisissement de leurs débiteurs, et qu'à leur égard, le

éléments incorporels qui l'emportent et que par suite le fonds de commerce est toujours un meuble incorporel (1).

nantissement du 30 avril 1894 dans son ensemble est de nul effet ; etc... »

Il convient d'ajouter que le tribunal de commerce de la Seine lorsqu'il a été appelé à statuer sur la question pour la première fois après l'arrêt de la Cour de Cassation du 13 mars 1888, avait nettement suivi la jurisprudence de la Cour suprême. Voici, en effet, comment il s'exprimait dans son jugement du 5 juin 1891 (*Gaz. Pal.* 1891, 2, 34).

Il s'agissait d'un fonds de commerce de marchand de vins.

« Attendu que le fonds de commerce de dame Rodez constituait avec le droit au bail, le mobilier et le matériel servant à l'exploitation dudit fonds une universalité juridique composée d'éléments divers, dont les uns, le matériel et le mobilier, étaient des meubles corporels et dont les autres, le titre, l'achalandage et le droit au bail avaient le caractère de meubles incorporels ; — Attendu que la partie essentielle d'un fonds de commerce de cette nature est l'enseigne, l'achalandage, et le droit au bail ; que ce sont principalement les éléments qui le constituent, et que le mobilier proprement dit n'est qu'un instrument de son exploitation, alors et surtout que, comme dans l'espèce, rien ne permet d'attribuer au matériel une valeur supérieure à celle des autres éléments du fonds de commerce objet du nantissement ; — Attendu que le principe qu'un fonds de commerce, quels que soient les éléments qui le constituent, est un meuble incorporel, est consacré sans contestation par la jurisprudence ; qu'il est encore de principe suivant la jurisprudence de la Cour de Cassation, que tous les droits incorporels peuvent, sans exception, être donnés en gage ; qu'en effet on ne saurait admettre que celui qui possède un meuble incorporel, ne puisse en disposer en observant les règles prescrites par la loi ; que le fonds de commerce dont s'agit a donc valablement pu faire l'objet d'un contrat de nantissement ; qu'il convient seulement d'apprécier si les règles prescrites par les articles 2075 et 2076 du Code civil ont été régulièrement observées ; etc... »

(1) Voir en ce sens : Paris, 21 juillet 1892 (*Gaz. Pal.* 1892, 2, 230, D. 1893, 2, 408) ; Trib. civ. Seine, 13 novembre 1894 (*Gaz. Pal.* 1895, 1, 459) ; Paris, 6 juin 1896 (*Gaz. Pal.* 1876, 2, 232,

Voilà au moins une théorie qui est plus nette et qui a l'avantage de ne pas susciter de multiples procès sur la question de savoir si à bon droit les parties ont donné à l'élément incorporel la prépondérance sur l'élément corporel, pour ne pas effectuer le dessaisissement réel.

Aussi conçoit-on qu'elle ait été soutenue dans la doctrine.

D. 1896, 2, 471) ; Paris, 24 décembre 1896 (*Gaz. Pal.* 1897, 4, 175).

Nous reproduisons dans leur ordre de date ces différentes décisions :
1^{re} espèce. — Paris, 21 juillet 1892.

Cet arrêt confirme mais par d'autres motifs le jugement du tribunal de commerce de la Seine du 5 juin 1891 rapporté ci-dessus qui était pourtant rendu conformément à la jurisprudence de la Cour de Cassation.

« Considérant, dit l'arrêt, que malgré la diversité des éléments dont il se compose un fonds de commerce n'en est pas moins une chose unique, ayant une existence propre et indépendante de ses parties ; que, pour déterminer la nature juridique de cette chose, les principes généraux du droit commandent de s'attacher à ses éléments essentiels et de leur accorder la prépondérance sur ceux qui ne sont qu'accessoires ; que les éléments essentiels d'un établissement commercial, ceux qui constituent réellement le fonds, sont : le titre, l'enseigne et l'achalandage, sans lesquels il ne saurait subsister dans son identité ; que le matériel, les ustensiles et les marchandises, simples moyens d'exploitation qui peuvent être changés ou modifiés sans que l'existence même du fonds de commerce en soit affectée, n'en sont que les éléments accessoires ; que le titre, l'enseigne et l'achalandage étant de nature mobilière et incorporelle, il en résulte que le fonds de commerce, tout entier revêt le même caractère ; que telle, d'ailleurs a été la volonté des parties et qu'on ne saurait leur attribuer un autre caractère sans dénaturer leur convention, etc... »

2^e espèce. — Trib. civ. Seine, 13 novembre 1894.

« Attendu, dit le jugement, que malgré les divers éléments qui le composent, les uns ayant un caractère corporel, et les autres étant de leur nature incorporels, comme l'achalandage, la dénomination et le

33. — Les tribunaux de commerce ont toujours résisté à l'application de cette jurisprudence. Ils ont accepté sans difficulté le principe que le fonds de commerce constitue un tout indivisible qui peut faire l'objet

droit au bail, un fonds de commerce n'en est pas moins une chose unique ayant une existence propre et indépendante de ses parties ; — Attendu que la partie essentielle d'un fonds de commerce est l'enseigne et le droit au bail, que ce sont principalement les éléments qui le constituent et que le mobilier proprement dit n'est qu'un instrument de son exploitation qui peut changer et se modifier sans que l'existence même de l'établissement commercial en soit affectée ; — Attendu que le titre et l'achalandage ayant le caractère de meubles incorporels, il en résulte que le fonds de commerce tout entier donné en nantissement par Lachenal à Moureaux frères avait ce même caractère ; que telle a été l'intention commune des parties exprimée en termes exprès dans l'acte et qu'on ne saurait lui attribuer un autre caractère sans dénaturer la convention, etc... »

3^e espèce. — Paris, 6 juin 1896.

« Considérant, dit l'arrêt, qu'un fonds de commerce est un meuble incorporel dont la tradition s'opère aux termes de l'article 1607 du Code civil soit par la remise des titres, soit par l'usage qui en est fait, du consentement du propriétaire ; qu'en cas de vente ou de nantissement d'un fonds de commerce avec les meubles corporels qui le garnissent ou servent à son exploitation, ceux-ci n'en sont que les accessoires et forment avec lui un ensemble indivisible dont la tradition s'effectue en même temps et de la même manière que celle du fonds de commerce lui-même, etc... »

4^e espèce. — Paris, 24 décembre 1896.

« Considérant en droit, dit l'arrêt, qu'un fonds de commerce consistant dans l'enseigne l'achalandage et la clientèle, constituée, avec le droit au bail des lieux où il s'exploite, un ensemble de droits mobiliers incorporels, dont le matériel et les marchandises garnissant le fonds ne sont qu'un accessoire et un instrument d'exploitation se rattachant nécessairement à l'existence même de ces droits incorporels et ayant le même caractère, etc... »

d'un nantissement^s dans son ensemble (1) ; mais, pour eux, la dation en nantissement d'un fonds de commerce n'est valable qu'autant que le débiteur se dessaisit de la possession entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu ; en conséquence il importe peu, dans ce système, que le débiteur ait remis les titres au créancier gagiste et ait signifié son contrat de gage au propriétaire de l'immeuble ; si le débiteur conserve la possession du fonds, le nantissement est nul pour violation de l'article 2076 du Code civil (2).

(1) Nous avons cependant déjà cité en sens contraire, et dans le sens de notre opinion : Trib. com. Seine, 21 novembre 1893 (*Gaz. Pal.* 1896, 1, 194) rapporté *supra*, p. 43.

(2) Cette opinion a été soutenue d'une façon constante par le tribunal de commerce de la Seine, depuis un premier jugement dans lequel il avait suivi la doctrine de la Cour de Cassation et que nous avons rapporté *supra*, n° 31 en note. Les syndics de faillite de Paris avaient élevé une très vive protestation contre cette jurisprudence. Dans les faillites des petits commerçants débiteurs de vins, il était rare que le fonds n'eût pas été à l'avance donné en gage à des marchands en gros pour la garantie d'avances d'argent et de marchandises. Ces grosses maisons pour augmenter leur clientèle n'hésitaient point à faire des prêts à des individus insolubles pour faciliter leur établissement. La faillite survenant, le privilège du créancier gagiste absorbait le plus net de l'actif ; la masse chirographaire qui s'était engagée dans l'ignorance de la constitution du gage ne touchait rien : la grande majorité de ces faillites étaient clôturées pour insuffisance d'actif. Aussi le tribunal de commerce de la Seine se fit-il une véritable loi d'invalider ces nantissements de fonds lorsqu'ils n'avaient pas été suivis de dessaisissement.

Voir notamment : Trib. com. Seine, 9 janvier 1892 (*Gaz. Pal.* 1892, 1, 327) ; 24 août 1893 (*Gaz. Pal.* 1893, 2, 347) ; 14 avril 1894 (S. 1897, 2, 89) ; 13 décembre 1894 (*Gaz. Pal.* 1895, 1, 67) ; 26 février 1895 (S. 1897, 2, 89) ; 16 août 1895 (*Gaz. Pal.* 1895, 2, 348) ; 6 mars 1896

34. — Ce système avait au moins sur le système de la Cour de Cassation et des Cours d'Appel l'avantage

(*Gaz. Pal.* 1896, 1, 591) ; 28 octobre 1896 (*Gaz. Pal.* 1898, 2, 603).

Le tribunal de commerce de la Seine n'a pas été seul à soutenir cette opinion contre la Cour de Cassation et contre les Cours d'Appel : Voir en effet dans le sens de sa jurisprudence : Trib. com. St-Etienne 10 janvier 1894 (*Gaz. Pal.* 1894, 1, 452, S. 1897, 2, 89), et Trib. com. Lyon, 10 mai 1898 (*Gaz. Pal.* 1898, 2, 289).

Le tribunal de commerce de la Seine n'ayant pu parvenir à faire prévaloir sa jurisprudence devant la Cour de Paris, a fini par déclarer que le nantissement des fonds de commerce était impossible en droit, parce que le dessaisissement étant nécessaire, il y avait là une condition impossible à réaliser qui entraînait la nullité du contrat : Trib. com. Seine, 18 janvier 1893 (*Gaz. Pal.* 1896, 1, 238, S. 1897, 2, 89) rapporté *supra*, p. 49.

Nous rapportons ci-dessous les jugements précités dans l'ordre de leur citation.

1^{re} et 2^e espèces. — Trib. com. Seine, 9 janvier 1892 et 24 avril 1893.

« Attendu, en droit, que le contrat de gage est un contrat essentiellement réel, qu'il est de l'essence de ce contrat que la tradition de l'objet donné en gage soit réellement effectuée et que le débiteur soit dessaisi : qu'en l'espèce il est établi qu'il n'y a pas eu remise du gage conformément aux prescriptions de l'article 2076 du Code civil et que la V^e Buard a conservé son fonds ; qu'on ne saurait admettre qu'un commerçant peut valablement donner en nantissement le fonds de commerce où il exploite son industrie et en continuer lui-même l'exploitation ; qu'il convient donc de reconnaître d'ores et déjà que le contrat de gage dont il s'agit manque des conditions de dessaisissement qui seules justifient le privilège qui s'attache à la qualité de créancier gagiste ; — Attendu en outre que le fonds de commerce d'un commerçant constitue le gage commun et apparent de ses créanciers ; qu'il engendre la foi des tiers et qu'il ne peut dépendre d'un acte resté sans publicité et par conséquent ignoré des intéressés, de distraire ce fonds de l'actif de la masse des créanciers ; — Attendu enfin que si la théorie de la demanderesse (le créancier gagiste) était admise, elle aurait pour résultat, en cas de faillite du débiteur, de créer au

de se montrer plus respectueux des principes fondamentaux édictés en matière de gage pour la sauvegarde

profit du créancier gagiste qui n'a pu ou n'a pas voulu exercer le droit privilégié qu'il tenait du contrat de gage dont il était bénéficiaire, un nouveau privilège opposable à la masse, privilège non compris parmi ceux limitativement indiqués par la loi et que le vendeur d'un fonds ne possède pas en cas de faillite de son acheteur ; etc... »

Le jugement du 24 août 1893 a été confirmé par la Cour d'appel de Paris le 26 février 1895 (*Gaz. Pal.* 1895, 1, 392), mais par de tous autres motifs.

3^e espèce. — Trib. com. Seine, 14 avril 1894.

« Attendu que le contrat de gage d'objets incorporels est régi, en matière de commerce, non seulement par les dispositions des articles 2071 et s. du Code civil, mais encore par celles des articles 91 et 92 du Code de commerce ; qu'il ressort d'une façon indubitable des prescriptions légales susvisées que la tradition de l'objet donné en gage n'est réellement effectuée que lorsque le débiteur s'est effectivement dessaisi dudit objet entre les mains du créancier ; qu'il est constant que la prétention des défendeurs, qui consiste à assimiler un fonds de commerce à un objet incorporel, ne peut empêcher que ce fonds ne soit inséparable des éléments matériels et apparents qui le constituent et font connaître son existence aux tiers ; que d'autre part, un fonds de commerce constitue au premier chef, dans toutes ses parties, un actif apparent, sur l'importance duquel les tiers règlent généralement leur crédit et que, dès lors, on ne saurait considérer comme valable la dation en gage d'un fonds de commerce dont le débiteur conserve la propriété apparente et dont il continue l'exploitation, sans qu'aucun signe extérieur révèle aux tiers qui sont appelés à lui faire confiance, qu'il n'a plus la libre disposition de cet élément d'actif ; que la tradition matérielle imposée par la loi ne saurait être utilement suppléée par celle qui résulterait d'un acte resté sans publicité, et, par conséquent, ignoré des intéressés... »

Ce jugement a été infirmé par la Cour de Paris le 4 janvier 1896, arrêt rapporté *supra*, p. 64.

4^e espèce. — Trib. com. Seine, 13 décembre 1894.

« Attendu qu'en l'espèce le fonds de commerce de Dutillet est resté

des droits des tiers, principes que la Cour de Cassation elle-même se montrait si scrupuleuse à sauvegarder

en la possession de ce dernier après comme avant le contrat de nantissement ; que les prescriptions formelles et impératives de l'article 2076 n'ont donc pas été observées ; qu'en effet la dation en nantissement d'un fonds de commerce avec ses marchandises et son matériel ne saurait valablement s'opérer, ainsi que le soutiennent les demandeurs (le créancier gagiste), uniquement par la remise des titres y relatifs aux mains du créancier nanti et par la signification de l'acte de nantissement au propriétaire des lieux dans lequel s'exploite ledit fonds, cette signification n'ayant pas pour effet de rendre apparent le dessaisissement à l'égard des tiers qui ont fait confiance au fonds et dont il constitue le gage commun, et ne pouvant par suite suppléer la tradition effective ; que cela est si vrai qu'un contrat de vente et un bail pouvant être établis en autant d'expéditions que bon semble aux intéressés, la remise d'une de ces expéditions, surtout sans l'intervention du propriétaire, ne saurait créer au profit de celui à qui elle est donnée qu'un titre peut-être sans valeur au cas où ledite remise aurait été faite plusieurs fois par le débiteur dans le but de constituer ainsi plusieurs nantissements, tandis que, d'un autre côté, la signification faite au propriétaire ne peut avoir pour effet de la constituer gardien du gage, ce dernier conservant en cas de non paiement des loyers le droit d'expulser l'occupant des lieux loués, de faire vendre le matériel et les marchandises y contenues pour le produit lui être versé à due concurrence, c'est-à-dire de diminuer à son profit la valeur du nantissement donné, ou même, dans certaines circonstances, de l'anéantir d'une façon complète ; que les conditions indispensables pour établir la validité du gage ne se retrouvent donc pas en l'espèce ; etc..... »

5^e espèce. — Trib. com. Seine, 26 février 1895.

« Attendu que la simple remise du bail et de l'acte de vente, ainsi que la signification du nantissement au propriétaire, ne suffisent pas pour constituer Charles et Jules Meichler, créanciers gagistes du fonds de commerce ; qu'en effet, l'article 2076 du Code civil stipule que, dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ; que tel n'est point le cas en l'espèce, Martinon ayant postérieurement au nantissement

dans d'autres hypothèses et qu'on s'étonne de lui voir abandonner si facilement en notre matière.

dont excipent les demandeurs continué lui-même et en son nom personnel l'exploitation de son fonds de commerce ; qu'il convient donc d'observer que le contrat de gage dont il s'agit manque des conditions de dessaisissement qui seules justifient le privilège qui s'attache à la qualité de créancier gagiste ; — Attendu enfin que le fonds de commerce d'un commerçant constitue le gage commun et apparent de tous ses créanciers ; qu'il est constant que rien ne pouvait faire supposer aux fournisseurs qui ont fait confiance à Martinon que ce dernier s'était dessaisi de la propriété du fonds de commerce qu'il exploitait en son nom ; qu'en conséquence le fonds de commerce du débiteur ne saurait, en vertu d'un acte resté sans publicité, et par conséquent ignoré des intéressés, être distrait de l'actif au profit d'un seul créancier ; etc..... »

6^e espèce. — Trib. com. Seine, 16 août 1895.

Attendu que la prétention d'Abadie Collin (le créancier gagiste) de considérer le fonds de commerce comme un meuble incorporel, fut-elle justifiée, il est constant que le droit qui en résulterait ne peut être donné en nantissement qu'à la condition pour le créancier gagiste de se conformer au vœu et aux prescriptions de la loi ; que l'article 2076 du Code civil subordonne l'existence du privilège de gagiste à la possession du gage soit par le créancier lui-même, soit par un tiers convenu entre les parties ; qu'il est de l'essence même du contrat de gage que cette mise en possession doit être un fait apparent de nature à avertir les tiers que le débiteur est dessaisi et que l'objet engagé est frappé d'un droit de gage ; — Attendu qu'en l'espèce le fonds de commerce de Henry est resté entre les mains de ce dernier après comme avant le contrat de gage dont s'agit, que, par suite, les prescriptions édictées par l'article 2076 susvisé n'ont pas été observées ; que la remise des titres, et la signification de l'acte de nantissement au propriétaire dont excipe Abadie Collin n'ont pas eu pour effet de rendre apparent le dessaisissement de Henry à l'égard de tiers qui ont fait confiance au fonds, lequel fonds constituait le gage commun à tous les créanciers, et n'ont pu, par suite, suppléer à la tradition effective et apparente du gage ; que malgré la signification à lui faite, le proprié-

Mais il avait le grave inconvénient de rendre le fonds de commerce presque sans aucune valeur de

taire conservait, en cas de non paiement; le droit d'expulser son locataire, de faire vendre le matériel et les marchandises y contenues, pour le produit lui être attribué à due concurrence des loyers dus et, par voie de conséquence, de diminuer à son profit la valeur du gage ou même de l'anéantir complètement : qu'il échet de remarquer que, lors de la vente par Henry de son fonds de commerce, Abadie Collin n'a pas protesté ; qu'il est donc dessaisi de la possession du gage à lui consenti par Henry ; qu'à tous égards, les conditions essentielles prescrites par la loi ne se trouvent pas remplies en l'espèce, etc... »

Ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel de Paris, par arrêt du 22 octobre 1896 (*Gaz. Pal.* 1896, 2, 561) mais par des motifs tout différents.

7^e espèce. — Trib. com. Seine, 6 mars 1896.

Dans l'espèce un commerçant en vendant son fonds avait stipulé que ce même fonds lui serait constitué en nantissement pour sûreté du prix, et l'acquéreur demandait au tribunal de prononcer la nullité de ce nantissement.

« Attendu que le contrat de gage est un contrat essentiellement réel ; que les prescriptions qui règlent le nantissement sont impératives et de droit étroit ; qu'il est de l'essence de ce contrat que la tradition de l'objet donné en gage soit réellement effectuée et que le débiteur s'en soit dessaisi ; que les éléments constitutifs d'un fonds de commerce ne se prêtent pas, dans leur ensemble, à un semblable dessaisissement ; qu'en l'espèce actuelle, les termes mêmes du contrat intervenu entre les parties sont exclusifs du nantissement puisqu'il y est dit que les époux Segaud (acquéreurs du fonds) cèdent et transportent à titre de nantissement ; — Attendu que le nantissement ne comporte ni cession ni transport, et que la chose donnée ne cesse pas d'être la propriété du débiteur jusqu'à l'exécution du gage dans les formes légales ; qu'en fait et en supposant pour un instant que le fonds de commerce puisse constituer un nantissement, ce nantissement n'eût pas été constitué puisqu'il n'y a pas eu remise du gage conformément aux dispositions de l'article 2076 du Code civil ; mais que c'est le contraire qui s'est opéré au moment même du contrat par la transmis-

crédit dans le patrimoine du commerçant car, comme on l'a dit souvent, forcer le débiteur qui veut donner

sion du fonds de commerce de Meindre, vendeur de ce fonds et créancier gagiste, aux mains des époux Segaud, ses débiteurs; qu'on ne saurait admettre que Meindre, précédent propriétaire de ce fonds de commerce, ait pu disparaître en laissant à sa place les époux Segaud, ses acquéreurs et possesseurs apparents de l'établissement dont s'agit; qu'il convient donc de reconnaître que, contrairement aux prescriptions de l'article 2076 du Code civil, précité, au moment même où intervenait le contrat de gage, les époux Segaud se sont réellement saisis, au lieu de se dessaisir du fonds de commerce, objet du litige, et qu'ils en ont pris l'exploitation en leur nom personnel, au lieu de l'abandonner à Meindre leur créancier; que dans ces conditions ils sont donc bien fondés à demander, en conformité et par application de l'article 1134 du Code civil la nullité d'un tel nantissement.

8^e espèce. — Trib. com. Seine, 28 octobre 1896.

« Attendu qu'aux termes de l'article 2076 de Code civil le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que le gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties; qu'il suppose donc et exige donc le dessaisissement de la part de celui qui a conféré ledit gage, que si l'article 2075 du même code admet que le dessaisissement peut résulter, en ce qui concerne les meubles incorporels, d'un acte public ou sous seings privés, signifié au débiteur de la créance donnée en gage, il convient de remarquer que la loi n'a envisagé que ces sortes de droits, dont la nature occulte, ignorée des tiers, n'a pu engendrer leur confiance; qu'il n'en est pas de même d'un fonds de commerce qui se compose en général non seulement du droit au bail, mais d'un matériel tangible, par suite corporel, apparent et dont la détention au mains du débiteur a provoqué la foi des tiers; que, d'autre part le propriétaire des locaux où s'exploite ledit fonds ne saurait être assimilé au débiteur d'une créance, alors que la signification qui lui est faite du nantissement du droit au bail est inopérante à son égard en ce qu'elle ne saurait faire échec à ses droits; qu'il s'ensuit qu'en dehors de toute manifestation apparente de la part du cessionnaire, ayant eu pour objet de faire connaître le dessaisissement dont le fonds aurait été l'objet, il échet de remarquer qu'une

son fonds de commerce en gage, à le faire exploiter par un tiers qui n'a ni compétence ni responsabilité,

simple signification faite au propriétaire, du nantissement consenti par le locataire cédant, ne saurait être opposable auxdits tiers ; qu'en l'espèce Cabridins (le débiteur) est resté en possession du fonds de commerce dont s'agit, après comme avant le contrat de gage, objet du litige ; qu'au surplus le matériel garnissant le fonds de commerce de Cabridins constituait, pour la plus grande partie, la valeur dudit fonds.

Ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel de Paris par arrêt du 7 novembre 1898 (*Gaz. Pal.* 1898, 2, 603) ; rapporté *supra* en note, p. 65 ; mais seulement par le motif subsidiaire adopté par le tribunal qu'il y avait lieu à dessaisissement étant donné que les marchandises et le matériel avaient une valeur supérieure aux autres droits constitués en gage.

9^e espèce. — Trib. com. Saint-Étienne, 10 janvier 1894.

« Attendu que le contrat de gage de meubles incorporels est régi en matière de commerce non seulement par les dispositions des articles 2075 et 2076 du Code civil, mais encore par celles des articles 91 et 92 du Code de commerce ; qu'il est spécialement de l'essence de ce contrat que le privilège en résultant ne peut être obtenu et conservé qu'autant que l'objet donné en gage a pu être mis et de fait a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties ; qu'il est aisé de comprendre en effet, que si l'objet constitué à titre de gage au profit d'un créancier reste entre les mains de son débiteur, ce dernier, qui ne s'est pas dessaisi et qui, aux yeux des tiers peut et doit-être considéré comme restant toujours propriétaire de sa chose, sans qu'aucun signe extérieur vienne révéler à ceux qui sont appelés à traiter avec lui que cette chose est grevée d'un privilège dont rien n'accuse l'existence, pourra abuser du crédit que lui donne la possession d'un meuble incorporel, dont, en réalité, il n'a conservé que la propriété nominale ; que c'est par ce motif que la loi civile et la loi commerciale ont prescrit impérativement, pour la conservation du privilège résultant d'un contrat de gage (que le gage s'applique à des meubles corporels ou à des meubles incorporels), la tradition matérielle aux mains du créancier gagiste de l'objet cédé à titre de gage ; — Attendu que les principes ci-dessus doivent s'appliquer à un fonds

c'est le mettre évidemment dans une fâcheuse nécessité.

C'est évidemment cette considération d'ordre supé-

de commerce ; que la fiction juridique qui assimile un fonds de commerce à un droit incorporel ne peut empêcher que ce fonds ne soit inséparable des éléments matériels qui font connaître son existence aux tiers ; qu'un fonds de commerce constitue au premier chef un actif apparent, sur l'importance duquel les tiers règlent généralement leur crédit ; que c'est donc aller contre les principes fondamentaux de la loi du gage que de considérer comme valable la dation en gage d'un fonds de commerce dont le débiteur conserve la possession et continue l'exploitation, sans qu'aucun signe extérieur avertisse les tiers que cet élément d'actif ne fait plus partie du patrimoine de celui qui est appelé à devenir leur débiteur ; — Attendu qu'en faisant à la cause application des principes ci-dessus posés, il reste à rechercher si Martel, par l'acte qu'il invoque et par les formalités dont il l'a fait suivre, a obtenu et conservé le privilège de créancier gagiste qu'il invoque aujourd'hui ; — Attendu que pour les besoins de sa cause, il est soutenu par Martel que les éléments essentiels d'un établissement commercial, ceux qui en constituent réellement le fonds, sont : le titre, l'enseigne, le droit au bail et l'achalandage sans lesquels il ne saurait exister dans son identité ; que le matériel, les ustensiles et les marchandises, simples moyens d'exploitation n'en sont que les éléments accessoires ; que le titre, l'enseigne, le droit au bail étant de nature mobilière et incorporelle, il en résulte que le fonds de commerce tout entier revêt le même caractère ; que les meubles incorporels n'étant pas susceptibles d'appréhension physique, leur tradition pour obéir au vœu de la loi ne peut s'opérer que par la remise des titres qui en sont la représentation ; que le contrat de gage intervenu entre les parties a donc régulièrement saisi le sieur Martel du privilège qui en résulte, par le fait : 1^o de la constatation de ce contrat, à l'aide de l'acte authentique du 16 juillet 1892 ; 2^o de la remise par Vinzio (le débiteur) à Martel de son acte d'acquisition du fonds de commerce donné en gage ; 3^o de la signification du contrat de gage au propriétaire de l'immeuble dans lequel s'exploite le fonds de commerce dont s'agit ; — Attendu que les formalités accomplies par Martel pour s'assurer le privilège qu'il re-

rieur, la crainte de priver les commerçants d'un instrument de crédit utile qui a déterminé la Cour de Cas-

vendique aujourd'hui ne paraissent pas au tribunal suffisantes pour atteindre le but que Martel s'est proposé ; que dans la pensée du tribunal, décider le contraire serait, non pas appliquer la loi, mais la faire ; qu'en matière de privilège, tout est de droit étroit, et que, la loi ayant prescrit impérativement la tradition matérielle aux mains du créancier gagiste, de l'objet remis en gage, il en résulte que, toutes les fois que cette formalité n'est pas accomplie, le contrat de gage reste imparfait et ne saurait donner naissance au privilège qui doit en découler ; — Attendu que la tradition matérielle imposée par la loi ne saurait être utilement suppléée par une tradition symbolique, du genre de celle adoptée par Martel, car, dans une matière où tout est de droit étroit comme en matière de privilège, il est impossible de procéder par voie d'équipollence ; — Attendu qu'un principe certain domine en matière de gage, qu'il faut que le débiteur se dessaisisse, et de plus se dessaisisse ostensiblement, que, par sa dépossession, le débiteur fasse sortir sa chose de ses mains, et que ce passage annonce aux tiers qui ont à traiter avec lui qu'il est appauvri de cette chose ; que la sécurité du commerce exige que ce déplacement montre la mesure du crédit qu'il convient d'attribuer au débiteur ; que, dès lors, de deux choses l'une : ou la tradition matérielle de l'objet remis en gage est impossible, parce que cet objet ne se prête pas à une appréhension physique, et alors l'objet dont s'agit ne peut entrer dans la combinaison d'un contrat de gage ; ou bien cette tradition matérielle est possible et alors la chose proposée en nantissement peut faire l'objet d'un contrat de gage ; mais, dans ce cas, elle doit, pendant toute la durée du contrat, être possédée par le créancier gagiste ; que, si spécialement une créance peut faire, quoique meuble incorporel, l'objet d'un contrat de gage, c'est précisément parce que cette créance est représentée par le titre qui la constitue ; que ce titre peut être remis aux mains du créancier à qui il est donné en gage, et qu'une fois dépossédé du titre le débiteur gagé ne peut l'utiliser pour s'en faire un élément de crédit, etc... »

Le tribunal se fonde ainsi, pour déclarer que le nantissement n'est pas valable sur ce qu'il n'y a pas eu de dessaisissement ; subsidiaire-

sation à adopter la jurisprudence que nous lui avons vu suivre.

ment il déclare que le dessaisissement s'imposait, dans l'espèce, avec d'autant plus de nécessité que l'élément matériel du fonds était plus important que l'élément incorporel, enfin très subsidiairement il s'appuie sur ce que la possession symbolique n'a même pas été complète parce que le créancier avait négligé de se faire remettre l'acte de bail.

Ce jugement a été infirmé par la Cour d'Appel de Lyon le 14 mars 1895 (*Gaz. Pal.* 1895, 2, 315, S. 1897, 2, 89) rapporté *supra*, p. 62.

10^e espèce. — Trib. com. Lyon, 10 mai 1898.

« Attendu, en droit, que la condition essentielle de la validité du nantissement est la mise en possession du créancier gagiste de l'objet remis en gage ; que, notamment, lorsqu'il s'agit d'un fonds de commerce, il faut que le créancier gagiste soit concessionnaire ; que c'est donc le cas de décider que le nantissement consenti par Broggi au profit de Digat sous la forme d'une vente à réméré est nul et de nul effet, et que c'est sans droit que Digat demande à être mis en possession de ce fonds, etc... »

CHAPITRE III

DU NANTISSEMENT DES FONDS DE COMMERCE SOUS LE RÉGIME DE LA LOI DU 1^{er} MARS 1898

SECTION PREMIÈRE

BUT ET ÉCONOMIE GÉNÉRALE DE LA LOI DU 1^{er} MARS 1898.

35. — Le conflit survenu dans la jurisprudence sur les procédés légaux à employer pour la constitution en gage du fonds de commerce, et l'impossibilité que nous avons relevée pour notre part à l'exécution de ce nantissement, n'étaient point sans issue. Un remède pouvait y être apporté par la voie législative. Il suffisait pour cela de reconnaître au fonds de commerce le caractère d'universalité de fait susceptible dans son ensemble de faire l'objet d'un nantissement, et, en permettant au débiteur de garder la possession du fonds donné en nantissement, d'organiser des mesures de publicité qui permissent aux tiers de connaître l'acte intervenu et le privilège qu'il conférait au créancier

gagiste vis-à-vis d'eux. Tel a été le but de la loi du 1^{er} mars 1898.

36. — Une proposition de loi tendant à compléter l'article 2075 du Code civil fut déposée en ce sens par M. Millerand, à la Chambre des Députés le 18 mai 1895.

L'exposé des motifs qui précède cette proposition de loi est ainsi conçue :

« L'article 2075 du Code civil contenu au titre XVII (du nantissement) chapitre 1^{er} (du gage) est ainsi conçu :

« Le privilège énoncé en l'article précédent ne s'établit sur les meubles incorporels, tel que les créances mobilières que par acte public ou sous seing-privé, aussi enregistré et signifié au débiteur de la créance donnée en gage.

« Une jurisprudence constante qui se justifie au point de vue économique par les raisons les plus fortes range les fonds de commerce parmi les meubles incorporels.

« En conséquence pour que le propriétaire d'un fonds en opère le nantissement, il ne lui est pas nécessaire de s'en déposséder. Le contrat de gage demeure donc caché aux tiers. L'enregistrement de l'acte sous seing-privé, tout comme l'authenticité de l'acte public, imprimant au contrat date certaine, ils n'en assurent point la publicité.

« Le simple bon sens suffit à apercevoir les inconvé-

nients graves pour les tiers du secret qui enveloppe cette dation en gage. Pour faire disparaître des relations commerciales cette cause de méfiance et d'insécurité, il n'est besoin d'apporter au texte de l'article 2075 aucune modification. Une simple addition est nécessaire et suffisante. Il n'est utile que de prescrire la publication de toute dation en nantissement de fonds de commerce. »

La loi proposée était ainsi conçue :

Article unique : — L'article 2075. du Code civil est ainsi complété :

« En outre chaque dation en nantissement d'un fonds de commerce devra à peine de nullité, recevoir mention sur le registre public tenu à cet effet au greffe du Tribunal de commerce du domicile du cédé. » — (*Journal Officiel*, annexe n° 1324, documents parlementaires, Chambre des Députés.)

Le 12 novembre 1897 la Chambre vota le texte suivant :

« En outre, chaque dation en nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité, recevoir mention sur un registre public, tenu au greffe du Tribunal de commerce dans le ressort duquel est sis le fonds. »

Le 16 novembre suivant, la loi fut portée au Sénat où elle reçut quelques modifications proposées par la Commission du Sénat dont M. Thézard était président.

Le rapport de M. Thézard au Sénat est ainsi conçu dans ses principaux passages :

« Après avoir déclaré qu'il n'y avait aucun doute qu'un fonds de commerce pût faire l'objet d'un nantissement, il indique quelles formalités d'après la Jurisprudence doivent être accomplies pour la rendre valable au regard des tiers.

« La loi est défectueuse, on a proposé à juste raison de la modifier.

« Il fallait, dit-il, pour arriver à ce résultat, combler une lacune de la loi. Il fallait constituer une substance et une individualité juridique à cette valeur, qu'on nomme un fonds de commerce, et édicter, pour sa constitution à titre de gage, des règles appropriées à sa nature et aux nécessités du crédit. »

Puis le rapporteur examine les moyens proposés et le texte voté par la Chambre des députés.

« Le mode de publicité ainsi établi est, dit-il, certainement des mieux appropriés à l'objet poursuivi. Le greffe du Tribunal de commerce est tout indiqué comme dépôt des actes commerciaux qui intéressent les tiers : c'est déjà un des lieux où doit être déposés, pour être à la disposition du public, les actes constitutifs des sociétés et les pièces annexes. Aucune objection ne s'est donc élevée dans la Commission contre le principe même de la réforme votée par la Chambre des députés.

« M. Thézard dit alors que le texte voté par la Chambre étant juste dans son principe et clair dans ses ter-

mes, il eût proposé de l'adopter sans modification s'il n'avait paru à la Commission absolument nécessaire d'y ajouter quelques mots qui étaient assurément dans la pensée de la proposition, mais dont l'omission pourrait faire naître des difficultés et des procès.

« Il est dit, dans la proposition, dit le rapporteur, que chaque dation en nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité, recevoir mention sur le registre à ce destiné. Il s'agit là d'une nullité qui, bien évidemment, dans la pensée des auteurs de la loi, ne doit pas produire son effet entre les parties elles-mêmes, liées dès l'instant même de la convention, mais seulement à l'égard des tiers auxquels elle serait inopposable pour défaut de publicité. Y avait-il nécessité de le dire expressément ? Nous avons pensé que cette nécessité s'imposait, ne fût-ce que pour prévenir des contestations contraires au sens de la loi et à l'équité, mais qui auraient trouvé un appui dans un texte incomplet.

« Cette rectification faite, nous avons été amenés sans excéder la portée de la disposition votée par la Chambre et en nous attachant à la même solution, à faire quelques autres changements dans la rédaction.

« La plupart tendent simplement à mettre les termes de la disposition nouvelle en harmonie plus complète avec le langage du Code civil. Il en est une cependant qui touche au fonds des choses et dont il est nécessaire de signaler la portée qui pourrait passer inaperçue au premier coup d'œil.

« Le texte voté[†] par la Chambre débutait par ces mots : « En outre la dation en nantissement... » Les mots « en outre » ont disparu de notre rédaction, et il en résulte une différence notable.

« D'après la proposition votée à la Chambre, la publicité par voie de mention sur un registre était une condition s'ajoutant à celle déjà indiquée dans la première partie de l'article 2075, savoir la notification du titre au débiteur, c'est-à-dire qu'on avait maintenu la règle reconnue par l'arrêt de 1888 précité, la nécessité de la signification au propriétaire locateur.

« Par la suppression des mots « en outre », nous faisons de la publicité une condition indépendante et qui se suffit à elle-même en matière de nantissement de fonds de commerce. Nous avons d'ailleurs montré par avance le caractère illusoire de la signification à faire au propriétaire locateur ; elle n'ajoute rien à la sauvegarde des intérêts qu'il s'agit de protéger.

« La portée de la disposition nouvelle va plus loin : elle supprime aussi nécessairement, en matière de nantissement de fonds de commerce, l'application de l'article 2076, c'est-à-dire la mise de l'objet en la possession du créancier ou d'un tiers.

« Cette mise en possession est en réalité incompatible avec la nature des fonds de commerce, et si l'arrêt de 1888 l'avait cependant appliquée à l'acte de bail, c'était par la nécessité de rattacher d'une façon quelconque aux règles du Code civil une matière que celui-

ci n'avait point prévue et tout en laissant entrevoir par ses motifs mêmes l'utilité d'une solution différente.

« Qu'est-ce, en effet, qu'un fonds de commerce ? » M. Thezard reproduit la définition du *Répertoire encyclopédique* de Labori et Schaffhauser et vise celles de M. Boistel, *Précis de droit commercial*, n° 429, et de Rutén de Couder, *Dictionnaire de droit commercial*, v° Fonds de commerce, nos 5 et 6.

« Le fonds de commerce est un corps certain, une universalité, sinon de droit, au moins de fait... Le fonds de commerce est un meuble incorporel... »

« L'arrêt de 1888, continue M. Thézard, déclare de même que le fonds de commerce constitue une universalité juridique d'éléments divers dont les uns sont des meubles corporels, les autres des meubles incorporels, mais que la partie essentielle est l'enseigne, l'achalandage, et le droit au bail.

« Il y a donc là un ensemble indivisible, lequel a la nature incorporelle, bien que pouvant contenir des objets corporels : telle l'hérédité pour les jurisconsultes romains. C'est donc par le caractère de cet ensemble, considéré comme objet principal, qu'il faut déterminer la règle à suivre : les objets particuliers qui y sont compris ne sont que des accessoires ou des instruments qui doivent suivre le même sort.

« Il est bien évident que les meubles corporels, outillages ou marchandises, ne pourront pas être remis matériellement au créancier gagiste : ce serait incom-

patible avec l'idée du simple nantissement ; la difficulté quant à ces meubles se résout précisément par la conception de l'universalité juridique ; les meubles corporels y sont légalement entraînés et absorbés.

« Il en est de même du droit au bail, qui n'est pas dès lors un droit distinct, mais un simple élément de l'ensemble. Si la Cour de Cassation a pu, dans une espèce donnée, le considérer comme l'élément principal, et essentiel, c'est parce qu'en fait il semblait dans cette espèce en être ainsi, et, d'autre part, parce qu'il était le seul élément juridiquement tangible, le fonds de commerce par lui-même ne rentrant dans aucune des catégories de biens pour lesquels le Code organisait les formalités du nantissement.

« En donnant aujourd'hui droit de cité au fonds de commerce parmi les universalités de droit, et en traçant pour sa dation en nantissement des règles appropriées à sa nature, nous supprimons par là même les exigences inutiles et sans objet auxquelles il avait fallu se résigner. »

Le 8 février 1898 le texte de la Commission fut adopté sans discussion, transmise à nouveau à la Chambre et définitivement voté le 25 février. Il devint la loi du 1^{er} mars 1898 qui est ainsi conçu :

« Tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité. »

37. — Cette addition apportée ainsi à une des dispositions de notre droit civil constitue une innovation considérable, car elle apporte une modification essentielle aux principes que nous avons exposés au début de cette étude, modifications dont le législateur n'a peut-être pas mesuré toute l'étendue lorsqu'il l'a consacrée.

Elle introduit, en effet, dans notre droit une dérogation à la règle que le contrat de nantissement ne peut se réaliser que par un déplacement de la possession du débiteur au créancier.

38. — On a soutenu que la loi nouvelle avait eu pour effet de créer une véritable hypothèque sur un meuble (1).

On s'est basé pour cela sur deux arguments :

1° Le gage a-t-on dit, diffère principalement de l'hypothèque en ce qu'il confère au créancier un droit de rétention sur la chose mise en sa possession ; pour le surplus il s'en rapproche : il confère comme l'hypothèque un droit de préférence et aussi un droit de suite. Supprimez la mise en possession et par conséquent le droit de rétention, il n'y a plus aucune différence entre le gage et l'hypothèque.

2° L'intention qu'a eue le législateur de créer une véritable hypothèque sur des meubles est manifestée par le moyen de publicité qu'il a adopté pour assurer

(1) Sic : Charles Simon, *Le fonds de commerce*, p. 490 ; Nantet, *Des nantissements de fonds de commerce*, p. 89.

la publicité de ce nouveau gage ; il avait à choisir entre divers moyens de publicité, il s'est arrêté à l'inscription sur un registre spécial qui est précisément le moyen consacré en matière hypothécaire.

Nous ne croyons pas que cette opinion soit exacte. La loi de 1898 n'a point eu d'autre but que de rendre le nantissement des fonds de commerce pratiquement possible. Pour cela il était incontestable que la formalité du dessaisissement ne pouvait être exigée. Elle fut alors supprimée, mais en tant seulement qu'elle avait pour objet d'écarter le commencement de la gestion de son fonds. Car le dessaisissement continue à être effectué, mais seulement fictivement, en ce sens que le commerçant continue bien en fait à détenir sa chose, mais il la détient, comme nous le verrons, pour le compte du créancier.

En outre l'intention du législateur d'améliorer sans rien modifier, la loi existante, résulte de ce que la loi nouvelle a été insérée au Code par voie d'addition à l'article 2075 du Code civil au titre du nantissement. Enfin il faut dire que dans la conception qu'il a du gage, le législateur moderne ne s'effraye point d'une innovation consistant à supprimer la formalité du dessaisissement effectif pour le remplacer par un dessaisissement fictif. Dans une autre loi toute récente la loi sur les warrants agricoles du 18 juillet 1898 qui est tout à fait contemporaine de la loi qui nous intéresse, le même principe se trouve consacré.

39. — En résumé on doit dire que le législateur a seulement voulu consacrer en cette matière le principe du « *gage sans déplacement* ». Nous examinerons ultérieurement lorsque nous expliquerons les effets du nantissement des fonds de commerce, la différence qu'il y a entre ce gage sans déplacement et la véritable hypothèque.

Ce principe avait été consacré utilement dans plusieurs lois étrangères, et le législateur français l'a appliqué également pour le gage des récoltes dans la loi du 18 juillet 1898 sur des warrants agricoles.

40. — Nous verrons successivement qui peut constituer le nantissement; quelles sont les formes exigées depuis la loi nouvelle pour la validité du nantissement, quelle en est l'étendue, quels en sont les effets, comment il prend fin, quelle est la responsabilité des greffiers des Tribunaux de Commerce. Nous verrons enfin s'il n'y aurait pas lieu de modifier et de compléter la loi.

SECTION II

QUI PEUT CONSTITUER EN NANTISSEMENT UN FONDS DE COMMERCE.

41. — Pour pouvoir donner une chose en gage il faut la réunion de deux conditions :

1° En être propriétaire ;

2° Avoir la capacité d'aliéner.

Ces principes s'appliquent à la dation en nantissement des fonds de commerce.

§ 1er. — 1^{re} Condition : Il faut être propriétaire.

42. — Le propriétaire du fonds de commerce seul a le droit de le constituer en gage.

43. — De ce principe il résulte que la dation en gage d'un fonds de commerce appartenant à autrui est nulle. En effet le gage devant faire naître au profit du créancier un droit réel qui lui permet de faire vendre la chose affectée à sa créance, ce droit ne peut lui être conféré que par celui qui est propriétaire de cette chose. Cela résulte d'ailleurs implicitement de la disposition de l'article 2079 du Code civil en vertu duquel jusqu'à l'expropriation du débiteur, il reste propriétaire... Enfin c'est la théorie universellement suivie en ce qui concerne l'hypothèque de la chose d'autrui (1).

Mais ce principe étant admis, quel est le caractère de la nullité du nantissement ?

(1) Rapp. de ce principe, le principe en vertu duquel l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle : Aubry et Rau, t. III, § 266, texte et note 2, p. 264 ; Pont, *Privilèges et hypothèques*, t. II, n° 624 ; Guilouard, *Privil. et hyp.*, t. II, n° 936, p. 420.

Est-ce une nullité absolue ou une nullité relative ?

La question offre un certain intérêt, car si la nullité est seulement relative, elle ne peut être proposée que par le créancier à l'exclusion du débiteur, fût-il de bonne foi ; en outre, le débiteur devenant propriétaire du fonds qu'il a donné en nantissement, ledit nantissement sera validé et rétroagira au jour de sa constitution ; enfin le nantissement sera susceptible d'être ratifié par le véritable propriétaire.

Nous croyons que la nullité est seulement relative et voici les arguments que l'on peut faire valoir à l'appui de cette opinion.

Tout d'abord, en droit romain où la nullité du gage de la chose d'autrui était proclamée (1), on admettait que le gage était validé lorsque le constituant devenait propriétaire de la chose engagée ; en ce cas le créancier pouvait exercer une action utile (2). En second lieu on admet généralement que la vente de la chose d'autrui n'est frappée dans notre droit que d'une nullité rela-

(1) L. 15, § 1^{er}, D. *De pignoribus et hypothecis* (XX, 1) ; L. 6, C. *Si aliena res pignori data sit* (VIII, 46).

(2) V. à cet égard : L. 41, D. *De pigneratitia actione* (XIII, 7) : « Rem alienam pignori dedisti : deinde dominus rei ejus esse cœpisti : datur utilis actio pigneratitia creditori. »

Cette même loi pourtant n'admet pas que la même solution doive être appliquée au cas où le constituant est devenu l'héritier du propriétaire. Il n'y a cependant pas de raison d'admettre une solution différente. D'ailleurs la question est tranchée formellement en ce sens par un autre texte (L. 7, § 2, D. *De senatus consulto Macédoniano* (XIV, 6)).

tive (1), et une partie des raisons qui justifient cette solution s'applique à l'hypothèse du nantissement de la chose d'autrui : il y a eu erreur de la part du créancier qui a traité avec un *non dominus* croyant traiter avec un *verus dominus*.

On peut objecter, il est vrai, que si l'on reconnaît généralement à la nullité de la vente de la chose d'autrui le caractère de la nullité relative, on reconnaît par contre généralement aussi à la nullité de l'hypothèque de la chose d'autrui le caractère de nullité absolue (2).

(1) V. en ce sens : Cass. 23 janvier 1832 (S. 1832, 4, 666) ; 14 février 1837 (S. 1037, 4, 890) ; Agen 13 juin 1866 (S. 1866, 2, 339) ; Cass. 30 décembre 1872 (D. 1873, 4, 437) ; Trib. civ. Vassy, 23 février 1882 (*Gaz. Pal.* 1882, 4, 446) ; Nancy, 14 novembre 1894 (*Gaz. Pal.* 1895, 4, 228, D. 1895, 2, 349) ; Trib. civ. Saint-Gaudens, 20 mai 1895 (*Gaz. Pal.* 1895, 2, 376) ; sic : Troplong, *Vente*, t. I, p. 238 ; Larombière, *Obligations*, sur l'art. 1138, n° 28 ; Guillouard, *Vente*, t. I, n° 176 et s., p. 189. — V. cependant *contra* : Marcadé, t. VI sur l'art. 1599, V et VI ; Colmet de Santerre, t. VII, n° 28, p. 54 et s.

(2) V. en ce sens : Cass. 22 juin 1807 (S. ch.) ; Bordeaux, 24 janvier 1833 (S. 1833, 2, 569) ; Nancy, 30 mai 1843 (S. 1843, 2, 547, D. 1843, 2, 209) ; Dijon, 25 avril 1855 (S. 1855, 2, 403, D. 1855, 2, 218) ; Cass. 24 mai 1892 (*Gaz. Pal.* 1892, 2, 76, S. 1892, 4, 289, D. 1892, 4, 327) ; Montpellier, 10 février 1896 (*Gaz. Pal.* 1896, 4, 639, S. 1896, 2, 428, D. 1897, 2, 269) ; Sic : Grenier, *Hypothèques*, t. I, n° 51 ; Duranton, t. XIX, n° 367 ; Pont, *Priv. et hypoth.*, t. II, n° 625 ; de Folleville, *Vente de la chose d'autrui*, n° 139 ; Aubry et Rau, t. III, § 266, texte et notes 4 et s. ; Laurent, t. XXX, n° 469 et s. ; Thézard, *Nantissement, privil. et hypoth.*, n° 48 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hypoth.*, t. II, n° 1304 et s.

V. cependant *contra* : Bordeaux, 21 décembre 1832 (S. 1833, 2, 205, D. 1833, 2, 152) ; Metz, 20 avril 1836 (S. 1838, 2, 197, D. 1838, 2, 4).

Sic : Merlin, *Quest. de droit*, V° Hypoth., § 4^{bis} ; Troplong, *Priv. et*

Mais cet argument n'est pas absolument décisif, car pour reconnaître à la nullité de l'hypothèque de la chose d'autrui le caractère de nullité absolue on s'appuie surtout sur un argument de texte, l'article 2129 du Code civil d'où il paraît résulter que l'existence dans la personne de celui qui constitue l'hypothèque, d'un droit actuel de propriété au moment même de l'affectation hypothécaire est une condition de validité de cette affectation, et une condition essentielle dont l'absence ne peut être réparée plus tard (1).

44. — En tout cas, le nantissement constitué *a non domino* ne peut avoir aucun effet à l'encontre du véritable propriétaire. Il est pour celui-ci, *res inter alios acta*.

45. — La question pourrait se poser de savoir si l'on peut donner en nantissement le fonds de commerce d'autrui en se portant fort du véritable propriétaire. L'affirmation à notre avis ne peut faire aucun doute. Aux termes de l'article 1120 du Code civil on peut se porter fort pour autrui ; aucun principe ne s'oppose à

hypoth., t. II n° 517 et s. ; Colmet de Santerre, t. IX, n° 92^{bis} III et s. ; Labbé, *Rev. pratique*, 1875, p. 180 ; Guillouard, *Privil. et hypoth.*, t. II, n° 938.

(1) La solution serait également la même en matière de vente de la chose d'autrui : Colmet de Santerre, t. VII, n° 28^{bis}, XII ; Laurent, t. XXIV, n° 417, Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, t. III, n° 506 ; Wahl, *Note au Sirey*, 1895, 4, 25.

ce qu'on s'engage à conférer un nantissement sur le fonds de commerce d'autrui sauf ratification de celui-ci. La question a été tranchée en ce sens à l'égard de l'hypothèque de la chose d'autrui en se portant fort du véritable propriétaire (1).

46. — Aucun principe ne s'oppose à ce que le nantissement d'un fonds de commerce, soit constitué par mandataire.

47. — Il peut arriver que la propriété d'un fonds de commerce soit démembrée, que le fonds appartienne à une personne en usufruit, à une autre en nue-propriété, le cas se présente fréquemment lorsqu'un fonds a appartenu à un conjoint survivant. Dans cette hypothèse, la question se pose de savoir si l'usufruitier ou le nu-propriétaire pourraient donner en nantissement leur droit d'usufruit ou de nue-propriété.

A notre sens, aucune disposition de la loi et aucun principe ne s'y opposent. Le gage peut porter sur toutes les choses mobilières qui sont dans le commerce : l'usufruit et la nue-propriété d'un fonds de

(1) V. en ce sens : Cass. 3 août 1859 (S. 1859, 4, 804, D. 1859, 4, 419) ; 13 décembre 1875 (S. 1876, 1, 273, D. 1876, 1, 97) ; Sic : Pont, *Privil. et hypoth.*, t. II, n° 626 ; Marton, *Privil. et hypoth.*, t. III, n° 956 ; Guillouard, *Privil. et hypoth.*, t. II, n° 939, p. 424. — V. cependant *contra* : Aubry et Rau, t. III, § 266, texte et note 6, p. 262 et s. ; Laurent, t. XXX, n° 473 ; Thézard, *Nantiss., privil. et hypoth.*, n° 50.

commerce sont l'un et l'autre des biens dans le commerce (1).

48. — A cette question se rattache celle, d'ailleurs peu pratique, de savoir si celui qui a pleine propriété d'un fonds de commerce pourrait donner en gage la nue-propriété de l'usufruit de ce fonds.

La question nous paraît devoir être résolue dans le sens de l'affirmative, car le propriétaire est libre de détacher de son droit tel attribut qu'il veut, l'usufruit comme la nue-propriété ; il pourrait céder l'usufruit ou la nue-propriété, il peut par la même raison le donner en nantissement.

Le nantissement n'est après tout qu'une cession éventuelle (2).

(1) L'article 2118 du Code civil indique formellement l'usufruit des biens immobiliers comme pouvant être hypothéqué.

(2) La question est très controversée de savoir si celui qui a la pleine propriété d'un immeuble peut donner une hypothèque sur l'usufruit de cet immeuble.

V. dans le sens de l'affirmative : Troplong, *Privil. et hypoth.*, t. II, n° 400 ; P. Pont, *Priv. et hyp.*, t. I, n° 381 ; Laurent, t. XXX, n° 211 ;

Et dans le sens de la négative : Cass., 12 avril 1836 (S. 1836, 1, 366), et Aubry et Rau, t. III, § 239, texte et note 6, p. 123 ; Marton, *Priv. et hyp.*, t. II, n° 735 ; Thézard, *Nantiss., priv. et hyp.*, n° 39 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss., privil. et hyp.*, t. II, n° 920 ; Guillouard, *Privil. et hyp.*, t. II, n° 666, p. 184. On fait valoir à l'appui de cette dernière opinion que le droit d'usufruit n'existe pas en tant que droit particulier au profit du propriétaire sur sa chose ; il a la jouissance de celle-ci comme attribut de son droit de

49. — La faculté de donner en nantissement l'usufruit d'un fonds de commerce, n'existe pourtant pas lorsqu'il s'agit de l'usufruit légal des père et mère sur un fonds appartenant à leurs enfants. Le droit d'usufruit légal est, en effet, un droit tout personnel qui n'est pas susceptible d'être aliéné ni saisi (1).

50. — Il faut en dire autant et pour les mêmes motifs du droit de jouissance qui appartient au mari sur un fonds de commerce appartenant en propre à sa femme sous le régime de communauté, d'exclusion de communauté ou dotal. Ce droit de jouissance est un droit tout personnel qui ne peut être assimilé à un usufruit (2).

51. — Nous verrons ultérieurement ce qu'il adviendrait du nantissement au cas où l'usufruitier du fonds

propriété; ce droit d'usufruit ne peut même pas exister en tant que droit particulier en vertu du principe *res sua nemini servit*.

(1) On décide aussi généralement que le droit d'usufruit légal des père et mère n'est pas susceptible d'être hypothéqué : V. Bordeaux, 19 juin 1849 (S. 1849, 2, 681, D. 1850, 2, 22) ; Sic : Aubry et Rau, t. VI, § 550 bis, texte et note 5, p. 84 ; P. Pont, *Privil. et hypoth.*, t. I, n° 379 ; Laurent, t. XXX, n° 209 et s. ; Guillouard, *Priv. et hyp.*, t. II, n° 667, p. 183 ; voir cependant *contra* : Duvergier, *Vente*, t. I, n° 213 ; Proudhon, *Usufruit*, t. I, nos 125 et 221.

(2) Voir dans le même sens sur l'hypothèque du droit de jouissance du mari sur les biens de sa femme : Laurent, t. XXX, n° 209 et s. ; Marton, *Priv. et hyp.*, t. II, n° 735 ; Guillouard, *Priv. et hyp.*, t. II, n° 667, p. 186.

renoncerait à son droit, ou commettrait des abus de jouissance, ou encore en cas de consolidation.

52. — Une autre question qui peut encore se poser est celle de savoir quelle est la valeur du nantissement constitué d'une manière générale et sans restriction sur un fonds de commerce par celui qui n'en a que la nue-propriété ou l'usufruit ?

Nous croyons que l'on doit présumer que le constituant n'a voulu en pareil cas donner en gage que le droit qui lui appartenait (1).

53. — Il arrive aussi souvent qu'un fonds de commerce appartienne à plusieurs personnes en indivis. La question se pose de savoir si l'un des co-propriétaires peut sans le consentement de ses co-indivisaires constituer un nantissement sur le fonds commun.

Pour la résoudre, il faut distinguer suivant que la dation en gage porte sur la quote-part appartenant au constituant, ou qu'elle porte au contraire sur le fonds tout entier.

Dans le premier cas, celui de la dation en gage par le constituant de sa quote-part indivise seulement, le

(1) La question est tranchée en ce sens par la Jurisprudence en cas d'hypothèque constituée d'une manière générale et sans restriction sur un immeuble par celui qui n'en a que l'usufruit. Voir Caen, 4^{er} février 1848 (D. 1849, 2, 63) ; Montpellier, 6 janvier 1866 (D. 1866, 2, 41) ; Cass. 12 mars 1867 (D. 1867, 1, 347) ; Chambéry, 3 juin 1889 (D. 1891, 2, 307).

nantissement est valable et ne peut point être critiqué par les co-indivisaires. Chaque propriétaire jouit en effet en ce qui concerne sa quote-part des droits inhérents à la propriété, il peut exercer ces droits sans le consentement de ses consorts, il peut les aliéner et ses créanciers peuvent saisir et vendre cette quote-part comme telle avant tout partage (1) ; on ne voit donc pas pourquoi les indivisaires ne pourraient pas donner en gage leur quote-part du fonds. L'opinion contraire serait d'autant moins admissible que l'on reconnaît sans difficulté la validité de l'hypothèque constituée par un co-propriétaire indivis de sa quote-part indivise.

Mais de même qu'une pareille hypothèque peut devenir tout à fait inefficace, puisque son sort est lié au résultat du partage ou de l'acte qui en tiendra lieu (2), de même le nantissement peut devenir sans valeur. Il suffira pour cela que le fonds donné en gage soit attribué par le partage ou adjugé sur licitation à l'un des co-propriétaires autres que celui qui a consenti le nantissement ; le gage en effet disparaît, puisque le constituant est réputé n'avoir jamais eu aucun droit sur le fonds en vertu de l'article 883 du Code civil (3).

(1) V. en ce sens : Aubry et Rau, t. II, § 221, p. 405.

(2) Voir en ce sens : Cass. 8 février 1847 (S. 1848, 4, 43) ; sic : Troplong, *Priv. et hypoth.*, t. II, n° 469^{bis} ; Aubry et Rau, t. III, § 266, texte et note 15, p. 266 ; Pont, *Priv. et hypoth.*, t. II n° 640 ; Guillouard, *Priv. et hypoth.*, t. II, n° 949, p. 432.

(3) On peut se demander pourtant si le créancier gagiste ne con-

Le créancier gagiste a pourtant un moyen d'éviter le danger qu'il court de perdre tout droit si le fonds donné en gage tombe dans le lot d'un co-propriétaire autre que le constituant ; ce moyen consiste pour lui à obtenir de celui-ci, en même temps que le nantissement de sa quote-part, la cession éventuelle de ses droits dans le prix de licitation du fonds indivis (1).

Lorsque le fonds de commerce indivis est adjudgé

serverait pas en ce cas un droit de préférence sur la portion du prix revenant au constituant. Nous ne le croyons pas. Cette théorie a été soutenue en matière d'hypothèque. On s'est appuyé sur ce que la règle de l'article 883 du Code civil n'est écrite que dans l'intérêt du co-propriétaire qui devient attributaire de l'immeuble et non dans celui des créanciers chirographaires du constituant qui ne peuvent invoquer l'article 883 contre le créancier auquel celui-ci a conféré une hypothèque : Voir Aix, 23 janvier 1835 (S. 1835, 2, 267) ; et Proudhon, *Usufruit*, t. IV n° 2392. — Mais cette opinion n'a pas prévalu, car si la règle de l'article 883 a été écrite dans l'intérêt du co-propriétaire auquel l'immeuble est attribué, elle a été édictée d'une façon absolue, *erga omnes* ; le constituant est réputé n'avoir jamais été propriétaire de l'immeuble qu'il a hypothéqué pas plus vis-à-vis de ses créanciers que vis-à-vis du co-propriétaire devenu attributaire, et l'on ne peut reconnaître au créancier hypothécaire une préférence qui serait la conséquence d'un droit de propriété qui n'a jamais existé sur la tête du constituant : Voir Lyon, 14 février 1853 (D. 1854, 5, 444) ; Nîmes, 6 novembre 1869 (S. 1871, 2, 157, D. 1871, 2, 37) ; Angers, 8 mars 1876 (D. 1878, 2, 185) ; Pau, 28 février 1887 (S. 1887, 2, 145) ; Cass. 16 avril 1888 (S. 1888, 1, 216, D. 1888, 1, 249) ; sic : Demolombe, *Cours de Code civil*, t. XVII, n° 320 ; Laurent, t. X, n° 419 ; Guillouard, *Privil. et hypoth.*, t. II, n° 951, p. 434.

(1) Ce remède est également indiqué par M. Guillouard (*Priv. hyp.*, t. II, n° 952, p. 434), pour le cas de constitution d'hypothèque sur un immeuble indivis, lorsque l'immeuble hypothéqué tombe dans le lot d'un co-propriétaire autre que le constituant.

sur licitation à un étranger, la licitation étant alors une vente et non un partage, le nantissement constitué par l'un des co-propriétaires sur sa part pendant l'indivision subsiste, avec les droits qu'il confère au créancier gagiste (1). Nous verrons ultérieurement en quoi consistent les droits du créancier gagiste en cas d'aliénation du fonds de commerce donné en gage.

(1) En matière hypothécaire, il existe une grave controverse sur cette question. Suivant une opinion, l'hypothèque constituée par un des co-propriétaires indivis ne subsisterait sur l'immeuble adjugé sur licitation à un étranger que si les droits de chacun des co-propriétaires dans cet immeuble ont été liquidés et déterminés dès avant la licitation ; mais si cette licitation n'a été qu'une opération préliminaire au partage, l'hypothèque constituée par un des co-propriétaires indivis demeure encore subordonnée au résultat du partage ; elle ne subsistera que si le prix de licitation est ensuite attribué, en tout ou en partie, au constituant, et seulement dans la mesure de cette attribution ; si, au contraire, ce prix est attribué en entier à un autre copartageant, l'hypothèque s'évanouira. — Voir en ce sens : Aix, 23 janvier 1835 (S. 1835, 2, 267) ; Grenoble, 2 juin et 19 août 1863, D. 1864, 2, 100) ; Douai, 5 juin 1866 (S. 1867, 2, 257) ; Orléans, 19 mai 1870 (S. 1871, 2, 160) ; Paris, 3 juillet 1872 (D. 1874, 2, 23) ; Alger, 24 décembre 1877 (S. 1878, 2, 214) ; Dijon, 20 mars 1889 (D. 1893, 4, 191) ; sic : Demante, t. III, n° 225^{bis}, IV ; Demolombe, *Cours de Code civil*, t. XVII, n° 273 ; Aubry et Rau, t. VI, § 625, p. 564, note 25. — Mais dans une autre opinion on soutient que quelle que soit l'attribution ultérieure du prix d'adjudication de l'immeuble, l'hypothèque n'en doit pas moins toujours subsister sur la part qu'avait dans ledit immeuble celui des co-propriétaires qui l'a constituée. L'hypothèque constituée par un co-propriétaire pendant l'indivision est en effet valable sur la part indivise que le constituant avait dans l'immeuble ; si elle tombe par l'effet du partage ou de la licitation quand l'immeuble passe à un autre co-propriétaire, elle ne peut être effacée par la vente de cet immeuble à un tiers : le prix de vente se divise alors de plein droit, con-

Dans le second cas, celui où la dation en gage porte sur tout le fonds de commerce et non plus sur la seule part du constituant, une sous-distinction doit être faite.

1° Le nantissement est nul, sinon pour le tout, du moins pour la part qui n'appartenait pas au constituant lorsque celui-ci a présenté le fonds comme lui appartenant tout entier. Il est en effet de principe que chacun des copropriétaires d'une chose indivise ne peut aliéner cette chose, la grever de servitudes ou d'hypothèques au détriment des droits de ses consorts, les actes d'administration qu'il a passés ne lient même pas ces derniers (1). Le nantissement devrait donc être annulé comme ayant porté sur la chose d'autrui (2) sauf les

formément à l'article 1220 du Code civil entre les anciens copropriétaires proportionnellement à leurs droits ; le partage opéré postérieurement n'empêche pas que cette conséquence, qui résulte des principes ne se soit produite. — Voir en ce sens : Cass. 14 décembre 1887, (S. 1889, 1, 493, D. 1888, 4, 385) ; 17 février 1892, S. 1894, 1, 417, D. 1893, 4, 194) ; sic : Colmet de Santerre, *Rev. critique*, 1864, p. 490 ets. ; Laurent, t. X, n° 400 ; Duranton, t. VII, n° 250 ; Troplong, *Privil. et hypoth.*, t. I, n° 291 ; Pont, *Privil. et hypoth.*, t. I, n° 291 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, t. III, n° 4310 ; Guillouard, *Priv. et hypoth.*, t. II, n° 954, p. 437 et s.

(1) Voir en ce sens : Aubry et Rau, t. III, § 221, p. 407.

(2) On reconnaît aussi généralement que la vente par l'un des copropriétaires de la chose indivise est nulle, lorsque le vendeur l'a vendue comme lui appartenant en entier : Guillouard, *Vente*, t. I, n° 190. « En vain, dit cet auteur, le vendeur soutiendrait-il, que par le résultat du partage, l'objet vendu peut lui appartenir en entier : l'acheteur ne peut être contraint d'attendre le partage ; il est en droit de demander au vendeur de lui délivrer immédiatement une propriété

réserves que comporte l'article 883 du Code civil relatif à l'effet rétroactif du partage.

Mais nous avons vu *supra* que la nullité en ce cas n'était que relative. Elle ne pourrait donc être invoquée que par le créancier et jamais par le débiteur constituant. En outre le constituant peut, par l'effet du partage devenir seul propriétaire avant que la nullité ait été demandé et alors le nantissement se trouve validé et rétroagit au jour de sa constitution. Enfin le nantissement est susceptible d'être ratifié par les co-propriétaires dont la quote-part avait été engagée sans leur concours.

On pourrait être tenté de soutenir que la nullité est absolue, que même le nantissement est inexistant en tant qu'il porte sur les parts des co-propriétaires qui n'ont pas concouru à l'acte, en se basant sur le principe que les choses futures, bien que susceptibles d'être aliénées ne peuvent faire l'objet d'un nantissement. En effet, pourrait-on dire, le débiteur en engageant les

complète, et, s'il n'obtient pas cette délivrance de faire prononcer la nullité de la vente. »

Mais on reconnaît d'une façon constante que le co-propriétaire par indivis peut hypothéquer l'immeuble tout entier. On considère que chacun des co-propriétaires se trouve dans la situation d'un propriétaire sous condition suspensive, par l'effet du partage, son droit sur l'immeuble disparaîtra ou se consolidera, suivant que l'immeuble tombera au lot d'un autre co-propriétaire ou au lot du constituant. — Voir en ce sens : Cass. 8 février 1847 (S. 1848, 1, 43) ; Sic : Troplong, *Priv. et hypoth.*, t. II, n° 469^{bis} ; Aubry et Rau, t. III, § 266, texte et note 15, p. 266 ; Pont, *Priv. et hypoth.*, t. II, n° 640 ; Guillouard, *Hypothèques et privilèges*, t. II, n° 949, p. 432.

quote-parts qui ne lui appartenait pas, devait avoir en vue qu'il avait sur ces quote-parts un droit éventuel susceptible de devenir un droit acquis par l'effet du partage qui aurait mis le fonds dans son lot ou de la licitation prononcée à son profit; or, c'était là un calcul qu'il ne pouvait pas faire en vertu du principe rappelé plus haut. Nous ne croyons pas que ce principe soit ici susceptible d'application; et voici pourquoi : si le nantissement des choses futures est déclaré nul, c'est que le dessaisissement est à leur égard impossible, qu'elles ne peuvent être remises aux mains du créancier (1); or, le nantissement des fonds de commerce s'opère précisément sans déplacement du fonds; il n'y a pas de dessaisissement réel, il n'y a qu'un dessaisissement fictif; rien ne s'oppose donc à ce que le propriétaire sous condition d'un fonds de commerce, le donne en nantissement.

2° Si au contraire en donnant le fonds de commerce tout entier en nantissement, le constituant a fait connaître au créancier son droit limité à une partie de ce fonds, le nantissement doit être reconnu valable. Il y a alors, en effet, un nantissement fait sous la condition suspensive que le fonds deviendra par l'effet du partage ou de la licitation la propriété du constituant. On ne voit pas pour quelle raison le propriétaire sous condition

(1) P. Pont, *Petits contrats*, t. II, n° 1080; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantis., priv. et hypoth.*, n° 36.

suspensive d'un fonds de commerce ne pourrait pas le donner en nantissement (1).

Lorsque le co-propriétaire d'un fonds a donné ce fonds en nantissement tout entier, nous pensons qu'il doit, dans le silence de l'acte, être présumé que le constituant a porté à la connaissance du créancier qu'il n'était pas propriétaire de la totalité, la présomption devant être que les parties ont voulu plutôt faire un acte valable qu'un acte susceptible d'être annulé.

54. — Celui qui n'a sur un fonds de commerce qu'un droit conditionnel, résoluble ou rescindable peut à notre avis, en principe, le constituer en nantissement. Nous l'avons déjà dit à propos du droit conditionnel qui appartient au co-propriétaire indivis d'un fonds sur la totalité du fonds pour le cas ou par l'effet du partage ce bien tomberait en son lot (*supra* n° 53). Il n'y a point de raison pour ne point décider ainsi, puisque les droits conditionnels, résolubles ou rescindables sont dans le commerce et peuvent valablement faire l'objet d'une vente ou d'une hypothèque (art. 2125 du Code civil). Mais il est bien entendu qu'en ce cas, le gage est soumis à la condition qui grève le bien dans le patrimoine du constituant.

(1) Cette solution est adoptée en cas de vente par un des co-propriétaires indivis de la chose en entier, lorsque le vendeur fait connaître à l'acheteur son droit limité sur la chose vendue : V. Lyon-Caen, *Note rapportée*, S. 1896, 4, 209.

55. — Parmi ceux qui ont sur un fonds de commerce un droit suspendu par une condition et qui peuvent valablement consentir un nantissement soumis à la même condition, on doit comprendre :

1° Celui qui, sans posséder actuellement un fonds a, pour s'en faire déclarer propriétaire une action en revendication ou une action en nullité ou rescision de l'acte par lequel l'immeuble a été aliéné par lui ou par son auteur.

2° Celui qui, ayant régulièrement aliéné un fonds peut redevenir propriétaire par l'effet d'une condition résolutoire, par exemple le vendeur non payé qui a l'action en résolution pour défaut de paiement du prix, le donateur dont la donation est susceptible d'être résolue pour inexécution des conditions ou pour survenance d'enfant, ou encore le vendeur qui s'est réservé la faculté de rachat (1).

(1) Cette opinion est très controversée cependant en matière hypothécaire. Un parti important dans la doctrine, suivi souvent par la Jurisprudence soutient que le propriétaire qui aliène sa chose, quoique sous une condition résolutoire seulement, ne se dépouille pas moins d'une manière complète de sa propriété, et qu'en cas de résolution, il y aura non point consolidation d'un droit acquis sous condition, mais simplement retour de la chose à l'ancien propriétaire, qui, dans l'intervalle avait cessé de l'être : Aubry et Rau, t. III, § 266, p. 265, note 43 ; et il a été jugé souvent conformément à ce système que le vendeur sous réserve de réméré ne peut hypothéquer l'immeuble vendu avant d'avoir exercé le retrait : Montpellier, 4 mars 1844, et Cass. 14 avril 1847 (D. 1847, 4, 217) ; Grenoble, 17 février 1849 (D. 1851, 2, 235) ; Nîmes, 18 décembre 1849 (D. 1852, 2, 422) ; Paris,

3° Celui qui étant régulièrement propriétaire d'un fonds peut en perdre la propriété par l'effet d'une condition résolutoire venant à s'accomplir, par exemple l'acheteur à réméré d'un fonds de commerce quand l'action à réméré est exercée (art. 1673 du Code civil), le donataire ou le légataire quand la donation est révoquée pour cause d'inexécution des charges (art. 954 et 1046 du Code civil); le donataire quand la donation est invoquée pour cause de survenance d'enfant (art. 963 du Code civ.); le grevé de substitution quand les appelés lui survivent; le donataire quand le donateur a stipulé

11 août 1871 (D. 1873, 2, 133); Cass. 23 août 1871 (D. 1873, 1, 321). — Mais ce système est repoussé généralement par la doctrine; et en effet, du moment qu'on est obligé de reconnaître que la propriété de l'acquéreur s'évanouit rétroactivement, faisant disparaître en même temps les charges et hypothèques consenties par lui, il est nécessaire que, dans l'intervalle sur lequel opère cette rétroactivité, la propriété ait reposé sur la tête du propriétaire primitif, et par suite, les hypothèques par lui consenties doivent être déclarées valables. Voir en ce sens : Thézard, *Nantiss., privil. et hypoth.*, n° 51; Gillard, *De l'hypoth. convent.*, n° 108; Colmet de Santerre, t. V, n° 100 bis III; Laurent, t. XXX, n° 477; Demolombe, *Cours de Code civil*, t. XXV, n° 408 et s.; Larombière, *Obligations*, t. II, sur l'art. 1181, n° 8; Labbé, *Rev. critique*, nouv. série, t. I, p. 497 et s.; P. Pont, *Privil. et hypoth.*, t. II, n° 639; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privil. et hypoth.*, t. II, n° 1317. Il a été jugé conformément à ce système que le donateur consent valablement une hypothèque sur l'immeuble donné, susceptible de produire effet en cas de révocation pour inexécution des charges : Bordeaux, 13 août 1872 (D. 1873, 2, 209); que le vendeur à réméré peut consentir sur l'immeuble vendu une hypothèque qui sera efficace si le réméré est exercé en temps utile : Alger, 2 novembre 1885 (S. 1886, 2, 132).

le retour à son profit en cas de prédécès dudit donataire ou de ses descendants (art. 952 du Code civ.).

4° Celui enfin qui non encore propriétaire d'un fonds est susceptible de le devenir par l'arrivée d'un événement incertain, par exemple l'appelé dans une substitution qui peut se dire propriétaire des biens substitués sous la condition de sa survie au grevé (1).

56. — Une question qui donnera encore lieu à de vives controverses est celle de savoir si la dation en nantissement d'un fonds de commerce par l'héritier apparent est valable (2).

(1) Jugé en ce sens que l'appelé peut conférer une hypothèque sur les biens grevés de substitution à son profit, hypothèque qui sera valable si le grevé meurt avant lui : Amiens, 6 décembre 1892 (D. 1893, 2, 129).

(2) La question est controversée en matière de vente et en matière d'hypothèque. V. en matière de vente dans le sens de la validité de la vente consentie par l'héritier apparent : Cass. 16 janvier 1843 (S. 1843, 1, 97, D. 1843, 1, 49) ; 16 janvier 1843 (S. 1843, 1, 107, D. 1843, 1, 52) ; 16 juin 1843 (S. 1843, 1, 108, D. 1843, 1, 52) ; 25 novembre 1862 (S. 1865, 2, 102) ; 26 février 1867 (S. 1867, 1, 161, D. 1867, 1, 74) ; 4 août 1875 (S. 1876, 1, 8, D. 1876, 1, 123) ; 3 juillet 1877 (S. 1878, 1, 38, D. 1877, 1, 429) ; 13 mai 1879 (S. 1880, 1, 26, D. 1879, 1, 417) ; 4 août 1885 (S. 1886, 1, 120, D. 1886, 1, 310) ; Sic : Aubry et Rau, t. VI, § 616, p. 437 ; Guillouard, *Vente*, t. I, n° 192 ; Demante, t. I, n° 176 bis ; Huc, *Dr. civil*, t. V, n° 270 et s., et *contra* : Poitiers, 13 juin 1822 (S. 1836, 2, 289) ; 10 avril 1832 (S. 1832, 2, 379) ; Orléans, 27 mai 1836 (S. 1836, 2, 289, D. 1836, 2, 149) ; Rennes, 12 août 1844 (S. 1844, 2, 450) ; Sic : Toullier, t. IV, n° 286 et s., et t. IX, p. 541 et s. ; Troplong, *Vente*, t. II, n° 960 et s. ; et *Hypoth.*, t. II, n° 468 ; Laurent, t. IX, n° 562 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Suc-*

57. — Le propriétaire du fonds qui a déjà consenti un nantissement à un de ses créanciers peut-il en constituer d'autres postérieurement ?

L'affirmation ne paraît point douteuse aujourd'hui.

Sous le régime des dispositions de la législation antérieure, la question aurait pu être très controversée. La règle qu'on ne peut constituer un nantissement sur une chose au profit de deux ou plusieurs personnes successivement était, *suivant certaines décisions de la Jurisprudence*, la conséquence de la règle que la chose donnée en gage doit être mise et reste en la possession du créancier ou d'un tiers convenu (1). Cette opinion est très critiquable mais, quoi qu'il en soit, ce principe

cessions, t. I, n° 1234. — En matière d'hypothèque dans le sens de la validité des hypothèques consenties par l'héritier apparent : Paris, 6 juillet. 1833 (S. 1833, 2, 455) ; Toulouse, 21 décembre 1839 (S. 1840, 2, 168) ; Orléans, 12 août 1876 (S. 1877, 2, 88), D. 1877, 1, 429) ; Cass. 3 juillet (S. 1878, 1, 38, D. 1878, 1, 429 ; 26 janvier 1897 (S. 1897, 1, 313) ; Sic. ; Demolombe, *Cours de Code civil*, t. I, n° 252 ; Duvergier, *Vente*, t. I, n° 225 ; et *contra* : Colmar 18 janvier 1850 (S. 1851, 2, 533) ; Nîmes 25 juillet 1887 (D. 1889, 2, 79) ; Sic : Duranton, t. XIX, n° 352 ; Troplong, *Vente*, t. II, n° 960 et s. ; *Privil. et hypoth.*, t. II, n° 468 ; Pont, *Privil. et hypoth.*, t. II, n° 631 ; Marton, *Privil. et hypoth.*, t. III n° 954 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, t. I, n° 1233 et s. ; Iluc, t. I, n° 452 et s., et t. V, n° 271 ; Laurent, t. IX, n° 562 et s.

(1) V. en ce sens : Paris, 12 janvier 1846 et 15 novembre 1850 (S. 1850, 2, 565, D. 1851, 2, 23). — V. cependant *contra* : Aix, 21 février 1840 (S. 1850, 2, 570, D. 1840, 2, 129) ; Bruxelles, 12 juin 1850 (*Pasicrisi belge*, 1851, 2, 163) ; Trib. civil Seine, 1^{er} août 1889 (*Pand. franç.*, 1890, 2, 31), et Troplong, *Nantiss.*, n° 315 et s. ; Pont, *Petits contrats*, t. II, n° 1140 ; Laurent, t. XXVIII, n° 87 *in fine* ; Aubry et

ayant été formellement écarté par la loi nouvelle, il faut en conclure que rien ne s'oppose désormais à ce que le propriétaire d'un fonds de commerce l'affecte à la garantie de plusieurs créanciers successivement.

On peut dire qu'à ce point de vue le non dessaisissement est une innovation heureuse, car s'il est permis d'utiliser le fonds de commerce comme moyen de crédit, il est désirable que le propriétaire puisse en tirer tout l'avantage auquel sa valeur lui donne le droit de prétendre. Nous avons déjà dit que l'hypothèque apparaissait à cet égard comme un moyen de crédit plus perfectionné que le gage.

Nous verrons ultérieurement quels seraient les effets de cette affectation successive au profit de plusieurs créanciers, au point de vue de l'exercice par eux de leur droit de préférence.

58. — Il ne suffit pas d'être propriétaire d'un fonds de commerce pour pouvoir constituer valablement un nantissement sur ce fonds ; il faut encore être *in bonis*, c'est-à-dire que le propriétaire déclaré en faillite ne peut plus donner son fonds en gage.

La faillite emporte, en effet, le dessaisissement du failli, dessaisissement qui a pour conséquence de lui retirer l'administration et *a fortiori* la disposition de

ses biens (art. 443⁵ du Code de commerce). Le jugement déclaratif de faillite équivaut à cet égard à une main-mise de la masse des créanciers sur le patrimoine du failli qui compose leur gage commun. D'où il résulte que le nantissement sera absolument nul à l'égard de ladite masse.

59. — Mais ce n'est pas seulement à partir du jugement déclaratif que le failli ne peut plus constituer de nantissement sur ce fonds. Il y a souvent une période pendant laquelle le failli pour éviter la chute finale qu'il n'arrive le plus souvent qu'à retarder, use son crédit jusqu'à ses dernières limites et n'hésite point à avantager ses créanciers les plus pressants au détriment des autres ; aussi appelle-t-on cette période, période suspecte ; le législateur la fait remonter au jour où le failli s'est trouvé en état de cessation de paiement et quelquefois aux dix jours qui ont précédé.

Le nantissement intervenu dans cette période sur le fonds de commerce peut être atteint de nullité à l'égard de la masse lorsqu'il a été consenti dans certaines circonstances qu'il convient d'examiner.

60. — 1^o Nantissement constitué pour dettes antérieurement contractées.

Aux termes de l'article 446 *in fine* du Code de commerce, le nantissement constitué pour dettes antérieurement contractées est nul de droit à l'égard de la

masse lorsqu'il a été fait par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui ont précédé cette époque (1).

Ce nantissement survenant postérieurement à la naissance de l'obligation n'est plus une condition de la concession du crédit, il fait nécessairement supposer qu'il a été obtenu du débiteur sous la menace de le faire déclarer en faillite : il est donc une opération anormale, suspecte par elle-même, que le juge considère comme un avantage spécial consenti à un créancier sans équivalent pour le failli et par conséquent comme un acte à titre gratuit.

Aussi le juge saisi de la demande en nullité devra-t-il nécessairement y faire droit dès lors qu'il aura constaté que l'acte a été fait dans la période suspecte. Le syndic exerçant l'action de la masse peut demander la nullité de cet acte en exerçant l'action en report d'ouverture de la faillite qui tend à démontrer qu'à l'époque où il a été fait, le failli était déjà en état de cessation de paiements ou qu'il allait cesser ses paiements dans les dix jours suivants.

61. — 2^o Nantissement constitué pour dettes contractées concomitamment.

Aux termes de l'article 447 du Code de commerce,

(1) Par dettes antérieurement contractées, il faut entendre les det-

tous les actes à titre onéreux passés par le failli à partir du jour fixé par le tribunal comme étant celui de la cessation de ses paiements peuvent être annulés si le tiers qui a contracté avec le failli avait connaissance de la cessation des paiements.

Cette connaissance rend en effet le tiers peu intéressant, parce que l'acte qu'il lui a fait consentir ne peut que rendre la situation du commerçant plus mauvaise.

Le nantissement du fonds fait nécessairement partie de cette catégorie d'actes lorsqu'il a été consenti pour sûreté d'une dette contractée en même temps. Le syndic peut donc en poursuivre la nullité, mais à la charge par lui d'établir que le créancier gagiste avait la connaissance positive de l'état de cessation des paiements. Cette preuve rapportée, le juge est autorisé à annuler l'acte, mais il n'y est point forcé ; c'est là une décision abandonnée à son appréciation.

62. — La situation du propriétaire d'un fonds en état de liquidation judiciaire varie peu de ce que nous avons dit du propriétaire failli. Le liquidé judiciaire, il est vrai, n'est point dessaisi d'une façon absolue de l'administration de son patrimoine, mais comme ce patrimoine devient, en vertu du jugement de liquidation, le gage définitif de la masse de ses créanciers, il lui

tes contractées non antérieurement à la cessation des paiements, mais antérieurement à la constitution du nantissement. Comp. en ce sens : Cass. 41 juillet 1881 (S. 1883, 4, 315, D. 1882, 4, 296).

est interdit de l'aliéner (art. 5, loi du 4 mars 1889 modifiée par la loi du 4 avril 1890), et par conséquent de consentir un nantissement sur son fonds dans l'avenir.

Toutefois le liquidé peut avec l'assistance des liquidateurs et l'autorisation du juge-commissaire continuer l'exploitation de son commerce et de son industrie. (Article 6 de la loi du 4 mars 1889). Pour cela un emprunt sera généralement nécessaire et cet emprunt ne sera évidemment possible que s'il est assorti de quelque garantie, hypothèque ou nantissement. De là il faut conclure que le nantissement du fonds de commerce sera valablement effectué si le liquidé a été régulièrement autorisé à continuer son commerce et s'il a rempli les formalités exigées par la loi pour les actes de cette nature.

63. — En ce qui concerne le nantissement consenti sur le fonds avant le jugement de déclaration de liquidation judiciaire, les règles sont absolument les mêmes qu'en matière de faillite. Il sera donc nul de droit s'il a été consenti depuis le jour de la cessation de paiement ou dans les dix jours qui ont précédé pour dette contractée antérieurement; il sera seulement annulable s'il a été consenti depuis le jour de la cessation de paiement pour dette concomitante mais en connaissance de l'état de cessation de paiements par le créancier gage.

§ II. — 2^e Condition. — Il faut avoir la capacité d'aliéner le fonds.

64. — Cette seconde condition n'offre aucune observation spéciale à présenter ; ce sont les règles du nantissement des choses mobilières quelles qu'elles soient qui doivent être appliquées.

Concluons-en que pour donner un fonds de commerce en nantissement, il faut avoir la pleine capacité civile qui habilite aux actes d'aliénation des meubles.

La dation en gage est dès lors impossible au mineur, émancipé ou non émancipé, et à l'interdit ; mais elle est possible de la part du mineur habilité à faire le commerce, car il est réputé majeur pour tous les faits relatifs à ce commerce (article 487 du Code civil et 6 du Code de commerce) : la seule condition exigée par la loi est donc que le nantissement ait été consenti pour les besoins de son commerce.

La femme mariée ne peut donner en gage le fonds qui lui appartient sans autorisation de son mari ; pourtant si elle est marchande publique, ce qui sera le plus souvent le cas, elle pourrait accomplir cet acte sans autorisation spéciale pour les besoins de son commerce (articles 3 et 7 du Code de commerce).

65. — Quant aux formalités qui devront être accom-

plies par les mineurs émancipés ou non, ou par leurs tuteurs ou administrateurs légaux pour constituer régulièrement le gage, nous renvoyons purement et simplement aux règles qui concernent les formalités à accomplir pour l'aliénation des meubles.

SECTION II

FORMES DU NANTISSEMENT.

66. — La constitution du nantissement d'un fonds de commerce comporte aujourd'hui deux phases successives :

1^o Le contrat lui-même qui se forme par l'accord de volonté des parties ;

2^o L'inscription qui est réalisée postérieurement par une réquisition adressée par le créancier au greffier du tribunal de commerce.

§ 1er. — 1^{re} phase : Contrat de nantissement.

N^o 1. — *Formalités entre les parties.*

67. — Pour la validité du contrat entre les parties, il n'est jamais nécessaire qu'un écrit soit rédigé.

Cet écrit n'en présentera pourtant pas moins une utilité très grande au point de vue de la preuve qu'il permettra de faire au cas où l'existence du contrat viendrait à être déniée par l'un des contractants.

A cet égard il nous suffira de rappeler que la preuve testimoniale ou par présomption n'est pas admise en principe au-dessus de 150 francs, c'est-à-dire, en notre matière, lorsque l'objet du gage a une valeur supérieure à 150 francs (art. 1341 et s. du Code civil), et que les parties n'auraient comme dernière ressource que la preuve par l'aveu ou par le serment.

En matière commerciale, pourtant, la preuve peut être faite par tous les moyens (art. 109 Code com.) et par conséquent, les restrictions du droit civil ne sont point applicables dans toutes les hypothèses où le gage a le caractère commercial.

La loi nouvelle ne peut avoir apporté à ces règles aucune modification.

Nº 2. — *Formalités à l'égard des tiers.*

68. — A l'égard des tiers, les principes qu'il convient d'admettre n'ont peut-être pas ce même caractère de certitude.

69. — 1^{re} *question* : Faut-il rédiger un écrit ?

L'article 2074 du Code civil exige pour la validité du gage à l'égard des tiers qu'un écrit soit rédigé, par

acte authentique ou par acte sous seing privé soumis à l'enregistrement obligatoire, et cet écrit doit mentionner le montant de la créance et contenir une désignation complète de la chose donnée en gage. L'article 2075 du Code civil exige un écrit avec plus de rigueur encore dans le cas où le nantissement porte sur un meuble incorporel. Ce sont là des formalités exigées pour la sauvegarde de l'intérêt des tiers, nous l'avons vu (1).

Ces règles ont été supprimées complètement en matière commerciale par la loi du 23 mai 1863 (art. 91 du Code com.).

En ce qui concerne les fonds de commerce, la disposition ajoutée par la loi nouvelle de l'article 2075 du Code civil ne dit rien.

Que faut-il en conclure ? La validité du nantissement d'un fonds de commerce est-elle soumise à l'égard des tiers à la rédaction d'un écrit ? et à l'indication dans cet écrit du montant de la créance pour sureté de laquelle est constitué le gage et de la valeur du fonds donné en gage ?

Nous croyons qu'une distinction doit être faite, suivant que le gage a le caractère civil ou commercial.

a) Le gage est civil : Nous croyons qu'il faut nécessairement exiger un écrit.

Il paraît à première vue résulter des travaux prépa-

(1) V. *supra*, n° 43 et s.

ratoires de la loi que le législateur a voulu laisser subsister comme seule formalité l'inscription au greffe. Le texte voté par la Chambre des députés portait : « En outre, la dation en nantissement », c'est-à-dire que d'après la proposition votée à la Chambre, la publicité par voie de mention sur un registre était une condition s'ajoutant aux autres.

La Commission du Sénat proposa de faire disparaître le mot « *en outre* » et le Sénat approuva. Mais si on lit avec attention le rapport de la Commission présidée par M. Thézard, on peut voir que le législateur n'a entendu dispenser le nantissement des fonds de commerce que de la formalité de la signification au débiteur imposée par l'article 2075 et du dessaisissement imposé par l'article 2076. Quant à la formalité de l'écrit, il n'en est point question et il n'y a pas de raison pour déroger à la règle générale posée par les articles 2074 et 2075 qui exigent l'écrit avec les mentions ci-dessus rappelées (1).

(1) V. en ce sens : Montier, *Des nantissements de fonds de commerce*, n° 70, p. 53. Et *contra* : Simon, *Le fonds de commerce*, p. 190, note, et trib. civil, Rouen, 23 juillet 1899 (*Gaz. Pal.* 1899, 2, 387). — Dans cette espèce, le contrat de nantissement portant sur le fonds et les marchandises était constaté par acte sous seing privé dûment enregistré, mais ne contenant aucune indication sur le détail des marchandises données en gage. Un créancier du débiteur soutenant que le contrat de nantissement était nul de ce chef :

« Attendu, dit le jugement, que la disposition visée de l'article 2074 du Code civil n'a pas plus que celle des anciens articles 2075 et 2076 d'application dans la cause; que le législateur de 1898 a considéré les

b) Le gage est commercial.

Rappelons tout d'abord que le gage est commercial toutes les fois qu'il est constitué pour la sûreté d'une dette commerciale (1), et qu'il arrivera ainsi le plus souvent que la dation en gage du fonds aura le caractère commercial, car il aura le plus souvent pour but de garantir des avances destinées à des opérations commerciales.

Dans ce cas, la formalité de l'écrit avec les mentions annexes n'est point exigée : l'article 91 du Code de commerce dit explicitement que le gage commercial se constate, soit à l'égard des tiers, soit à l'égard des parties contractantes conformément aux dispositions de l'article 109 du Code de commerce.

Vainement soutiendrait-on que la place donnée à la disposition nouvelle milite en faveur d'une solution contraire et indique que le législateur a voulu que, dans tous les cas, le gage des fonds de commerce fut régi par les dispositions de la loi civile. Ce serait vrai si le législateur avait dit que le gage des fonds de commerce avait toujours le caractère civil. Mais il ne l'a point dit et il

marchandises dépendant d'un fonds de commerce comme les accessoires ou des instruments qui doivent suivre le même sort que l'universalité juridique dont ils font partie intégrante et dans laquelle ils sont légalement absorbés ; que le rapport de la Commission du Sénat est formulé à cet égard et qu'il n'y a pas lieu, par suite, d'exiger en ce qui concerne la formalité de l'état détaillé, etc..... »

(1) V. Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. com.*, t. III, n° 258 et s., p. 488 et s.

ne pouvait point le dire sans aller à l'encontre de la réalité des choses, Bien plus, il a dit formellement le contraire (1). Et dès lors si le gage peut avoir tantôt le caractère civil, tantôt le caractère commercial, il était naturelle que la disposition nouvelle fut insérée au Code civil et non au Code de commerce; autrement on aurait été fondé à en conclure qu'une dette civile ne pouvait être garantie par un nantissement de fonds de commerce.

Et pourtant un doute peut encore s'élever relativement à cette solution, car la loi nouvelle exige une inscription au greffe. Cette inscription qui doit être faite par le greffier n'implique-t-elle pas nécessairement la remise entre les mains de celui-ci d'un acte écrit lui permettant de mentionner sur son registre *ad hoc* les indications de nature à renseigner les tiers? Nous verrons dans un instant la réponse qu'il convient de faire à cette question.

70. — 2^{me} et 3^{me} questions : Faut-il que le créancier

(1) Le rapport de M. Millerand à la Chambre des députés porte en effet ce qui suit. Cette disposition (la disposition nouvelle proposée) aurait, a-t-on dit, trouvé sa place naturelle à la suite de l'article 91 ou 92 du Code de commerce. Sans attacher à cette question secondaire une importance qu'elle ne comporte pas, nous ferons simplement observer que l'article 91 du Code de commerce vise lui-même en termes exprès l'article 2076 du Code civil et qu'il paraît légitime d'insérer au rang des dispositions essentielles de la constitution du nantissement une condition exigée à peine de nullité. »

gagiste se fasse mettre en possession des titres constatant en la personne du débiteur la propriété du fonds et le droit au bail (art. 2076 du Code civil et 92 1° du Code de com.) ?

Faut-il que le créancier gagiste signifie au propriétaire des lieux dans lesquels le fonds est exploité, le nantissement qui lui a été consenti (art. 2075 du Code civil et 91 4° du Code de com.) ?

Encore deux questions qui se posent et dont la solution n'est pas aisée.

Deux arguments de texte militent en faveur de l'affirmative.

1° L'article 2076 du Code civil qui n'a point été modifié par la loi nouvelle, débute par les mots. « Dans tous les cas, le privilège ne subsiste qu'autant que le gage a été mis et est resté en la possession... » et l'article 92 1° du Code de commerce reproduit la même disposition.

Nous avons vu que la Jurisprudence avait tiré, à bon droit, de ces mots *dans tous les cas* un argument en faveur de la mise en possession obligatoire même dans le cas où le gage porte sur un meuble incorporel. Ne doit-on point en conclure que la loi nouvelle ayant implicitement reconnu au fonds de commerce le caractère de meuble incorporel, le dessaisissement symbolique exigé par les Cours d'appel et la Cour de cassation avant la loi nouvelle est encore obligatoire aujourd'hui (1) ?

(1) V. en ce sens : Trib. com. Seine, 5 novembre 1898 (*Gaz. Pal.*

2° L'article 2075 1° du Code civil, décide que pour que le privilège du créancier gagiste prenne naissance lorsque le gage porte sur des meubles incorporels, tels que les créances, il faut notifier le contrat au débiteur. L'article 91 4° du Code de commerce étend cette disposition au cas où le gage a le caractère commercial. La

1898, 2, 622), et 29 mars 1900 (*Gaz. Pal.* 1899, 2, 30), et Paris, 1er août 1900, *Gaz.* 1900, 2. — Nous reproduisons ci-dessous les considérants de ces deux jugements et de cet arrêt.

1^{re} espèce. — Tribunal de commerce de la Seine, 5 novembre 1898.

Dans l'espèce l'acte de nantissement avait été inscrit au greffe, en outre il avait été notifié au propriétaire des biens. On avait donc satisfait aux articles 2075 1° et 2° du Code civil et 91 4° du Code de commerce. Mais on avait négligé de remettre l'acte de bail et le titre d'acquisition du fonds du créancier.

« Attendu, dit le jugement, qu'il y a lieu d'examiner si, comme le prétend Renaud (le créancier gagiste), la signification du contrat de gage faite au bailleur et la déclaration faite au greffe de ce tribunal ont suffi pour le constituer créancier gagiste du fonds de commerce précité ; — Attendu, en droit, que le contrat de gage est un contrat essentiellement réel ; qu'il est de l'essence de ce contrat que la tradition de l'objet donné en gage soit réellement effectuée et que le débiteur soit dessaisi ; qu'en l'espèce, il est établi qu'il n'y a pas eu de remise du gage conformément aux prescriptions de l'article 2074 du Code civil ; que c'est ainsi que Renard n'a jamais été mis en possession des titres établissant les droits de son débiteur, c'est-à-dire une expédition du bail des lieux où le fonds est exploité et l'acte de vente consenti par le prédécesseur de Migneau (le débiteur) et étant actuellement encore entre les mains du syndic de celui-ci ; qu'il convient donc de reconnaître que le contrat de gage dont s'agit manque des conditions de dessaisissement qui, seules, justifient le privilège qui s'attache à la qualité du créancier gagiste, etc... »

2^e espèce. — Tribunal de commerce de la Seine, 29 mars 1900.

Dans l'espèce, l'acte de nantissement avait été inscrit au greffe,

loi nouvelle intervient ; elle débute par la phrase suivante : « L'article 2075 du Code civil est ainsi complété. » Cela ne doit-il pas être interprété en ce sens que la formalité nouvelle s'ajoute à celle qui était exigée auparavant ?

Nous convenons volontiers que ces deux arguments

mais il n'y avait point eu de signification du nantissement au bailleur, et l'acte de bail n'avait point été remis au créancier gagiste :

« Attendu, dit le jugement, que le fonds de commerce donné en nantissement par Champigny, pris dans son ensemble, représentait un droit incorporel ; que, pour opérer la validité du nantissement et la création du privilège, il faut, lorsque la chose donnée en gage est incorporelle : 1^o que le créancier gagiste ait signifié l'acte de nantissement au débiteur de la chose engagée, en l'espèce, le propriétaire de l'immeuble où s'exerce le fonds de commerce ; 2^o que celui qui constitue le gage ait remis aux mains de celui au profit duquel le gage est constitué le titre établissant son droit sur la chose ; que la compagnie demanderesse ne justifie pas de la signification du gage qui lui était consenti, au propriétaire de l'immeuble où Champigny exerçait son commerce : qu'elle ne s'est pas fait remettre non plus le bail des biens ; que si, à la vérité, la Compagnie demanderesse prétend que la loi du 1^{er} mars 1898 l'exonérât de toutes ces formalités et qu'elle n'aurait été tenue qu'à la transcription qu'elle a faite, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, en se basant sur ce que les mots « en outre » insérés en tête du nouveau texte de la loi, dans le projet primitivement voté, auraient été supprimées dans la rédaction définitive, il est constant, au contraire, que la nouvelle disposition n'a eu ni pour but, ni pour effet, de supprimer les principes de la législation relatifs au contrat de nantissement ; que le législateur n'a prétendu en rien innover aux principes dont s'agit, mais uniquement, en ajoutant aux prescriptions générales établies, mieux sauvegarder l'intérêt des tiers par un moyen de contrôle spécial, lorsqu'il s'agit d'un fonds de commerce donné en nantissement ; qu'en effet, l'article unique de la loi du 1^{er} mars 1898 porte expressément que les formalités édictées complètent l'article

sont gênants. Tout ce qu'on peut y répondre directement c'est que l'on a intercalé dans la loi ancienne un texte nouveau sans prendre les précautions nécessaires pour que l'harmonie des textes anciens ne fût pas détruite.

2075 du Cod. civ. ; que l'emploi de ce terme est exclusif de toute idée de suppression des prescriptions antérieures, lesquelles doivent dès lors subsister dans tout leur ensemble. »

3^e espèce. — Paris, 1^{er} août 1900.

« Considérant que, loin d'avoir abrogé, ainsi que le soutient l'appelante, soit la disposition de l'article 2075 relative à la signification du nantissement au débiteur, soit celle de l'article 2076 relative à la remise du gage au créancier gagiste, la loi du 1^{er} mars 1898 n'a fait, ainsi qu'elle le déclare expressément, que compléter la première de ces dispositions en organisant, en ce qui concerne le nantissement des fonds de commerce, une publicité spéciale, destinée à porter ce nantissement à la connaissance des tiers et à remédier aux inconvénients, révélés par la pratique, de la clandestinité du privilège ; que cette loi n'a donc pas eu pour but de déroger à des règles, dont la raison d'être est dans la nature même du contrat de nantissement, lequel est essentiellement réel et ne se forme, dès lors, que par la remise du titre représentatif de la créance, mais d'ajouter, aux formalités dont l'insuffisance avait été constatée, une garantie complémentaire ; que l'opinion contraire a été, il est vrai, soutenue dans les travaux préparatoires ; mais que si elle a trouvé place dans le rapport présenté au Sénat, elle ne s'est pas traduite dans les dispositions de la loi ; qu'on ne saurait induire, de la seule suppression des mots « en outre », qui figuraient dans le projet primitif où ils faisaient double emploi avec le mot « complété » maintenu dans le texte définitif, que le législateur ait voulu abroger les dispositions de la loi ancienne, alors que ces dispositions n'ont rien d'ailleurs d'inconciliable avec les prescriptions du paragraphe additionnel inséré dans l'article 2075 ; que, quelque autorité qui s'attache aux travaux préparatoires, ils ne sauraient ni suppléer la loi, ni prévaloir contre le texte, lorsqu'il est, comme dans l'espèce, d'une netteté qui ne laisse aucune place à l'interprétation du juge. »

Mais nous n'en restons pas moins convaincus que les formalités des articles 2075 et 2076 rappelées ci-dessus ne sont plus exigées (1). Il y a pour cela deux excellentes raisons :

(1) V. en ce sens : les notes critiques sous les jugements du tribunal de commerce de la Seine rapportées (*Gaz. Pal.* 1898, 2, 622, et *Gaz. Pal.* 1900, 2, 30) ; Montier, *Des nantissements de fonds de commerce*, n° 85 et s., p. 62 et s.

Sic : Trib. civil Rouen, 25 juillet 1899 (*Gaz. Pal.* 1899, 2, 382) et trib. com. Le Havre, 30 mai 1899 (*Gaz. Pal.* 1899, 2, 360) ; trib. com. Seine, 17 mars 1900 (*Gaz. Pal.* 1900, 1, 688) ; trib. com. Rouen, 13 juillet 1900 (*Gaz. Pal.* 1900, 2) ; Rouen, 25 juillet 1900 (*Gaz. Pal.* 1900, 2).

Nous reproduisons ci-dessous les considérants de ces jugements et arrêt.

1^{re} espèce. — Tribunal de commerce, Le Havre, 30 mai 1899.

Dans l'espèce, le nantissement du fonds avait été seulement inscrit au greffe.

« Attendu, dit le jugement, que Baillache ès-qualité (le liquidateur judiciaire du débiteur) soutient que nonobstant l'inscription au greffe, l'acte de nantissement doit être déclaré nul parce qu'il n'y a pas eu dessaisissement et remise du gage dans les formes et suivant les conditions prescrites par les articles 2075 et 2076 du Code civil que la loi du 1^{er} mars 1898 n'a point abrogés ; — Attendu qu'en l'absence d'un texte de loi spécial, la Cour de Cassation, par un arrêt en date du 13 mars 1888, avait décidé que le nantissement d'un fonds de commerce serait valablement effectué par la signification qui en serait faite au bailleur des lieux occupés par le commerçant débiteur, et lorsqu'une expédition du bail aurait été remise au créancier ; — Attendu que par la loi du 1^{er} mars 1898, l'article 2075 du Code civil a été ainsi complété : « Tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre publié tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité » ; — Attendu qu'il résulte des débats parlementaires qui ont précédé le vote de cette nouvelle loi à la Chambre des

1^o L'esprit de la loi milite tout à fait en notre sens. Le but du législateur de 1898 a été de trouver un moyen pratique de consacrer le principe du non-des-saisissement en portant à la connaissance des tiers un

Députés et au Sénat et notamment des conclusions présentées aux deux assemblées par les rapporteurs, que le législateur a entendu supprimer les formalités exigées par la jurisprudence et les remplacer par l'inscription au greffe du tribunal ; que cette intention du législateur est nettement exprimée par la suppression des mots « en outre » qui précédaient le texte primitif voté par la Chambre des Députés, et que, sans aucun doute, la formalité nouvelle est la seule qui puisse être exigée non seulement pour que le nantissement ne soit pas nul, mais encore pour qu'il soit valable comme procédure à l'égard des tiers ; qu'aussi donc l'article 2075 qui traite de la dation en gage des droits incorporels en général et notamment des titres de créance, établit une exception pour les fonds de commerce en tant que considérés comme gages incorporels ; etc.... »

2^{me} espèce. — Tribunal civil de Rouen 25 juillet 1899.

Dans l'espèce, le nantissement du fonds avait été seulement inscrit au greffe :

« Attendu que les articles 2075 et 2076 du Code civil et 92 du Code de commerce n'étaient pas applicables aux fonds de commerce considérés comme universalités juridiques, que c'est pour permettre aux commerçants gênés de tirer parti, en les donnant en nantissement, de cette sorte de biens incorporels que la loi du 1^{er} mars 1898 a ajouté aux dispositions de l'article 2075 du Code civil le texte suivant : « Tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité. » — Attendu que le projet de loi voté par la Chambre des députés rattachait cette disposition par les mots « En outre » qui la précédaient aux autres dispositions du même article, en sorte qu'on eût pu soutenir que la formalité de la publicité s'ajoutait aux autres conditions exigées pour la validité du nantissement par les textes du Code civil et du Code de commerce. Mais attendu que la Commission du Sénat dont le

acte qui les intéresse au premier chef. On se plaignait de ce que les formalités dont la Jurisprudence était disposée à se contenter antérieurement n'avaient aucune utilité pratique et que vis-à-vis des tiers le gage était

texte a été adopté sans discussion tant en la Chambre des députés qu'au Sénat a supprimé les mots « en outre » brisant ainsi le lien qui rattachait la loi nouvelle aux autres textes qui réglementaient le nantissement ; — Attendu, en outre, qu'il résulte du rapport de la Commission du Sénat que le législateur a entendu faire de la publicité une condition indépendante et se suffisant à elle-même en matière de nantissement de fonds de commerce et qu'il a supprimé ainsi nécessairement en cette matière spéciale, l'application de l'article 2076, c'est-à-dire la mise de l'objet en la possession du créancier ou d'un tiers, cette possession étant incompatible avec la nature du fonds de commerce ; — Attendu dès lors que pour l'interprétation de la loi nouvelle, il n'y a à se préoccuper ni de ce qui, dans l'article 2075, la précède, ni de ce qui la suit, dans l'article 2076 ; qu'on augmenterait vainement en faveur d'une interprétation contraire des mots « dans tous les cas » qui commencent l'article 2076 et de ceux par lesquels commence l'article unique de la loi du 1^{er} mars 1898 disposant que « l'article 2075 du Code civil est ainsi complété » ; qu'il est en effet de principe constant que les tribunaux ont le devoir de donner à un texte de loi la portée que le législateur a clairement voulu lui donner ; — Attendu dès lors qu'en faisant publier au greffe du tribunal de commerce l'acte sous seings privés du 31 janvier 1899 S... a rempli la seule formalité exigée par la loi pour la validité du nantissement par lui consenti de son fonds de commerce ; etc.... »

3^{me} espèce. — Tribunal de commerce de la Seine, 17 mars 1900.

« Attendu dit le jugement, en ce qui concerne la validité du nantissement, qu'il convient de remarquer que la loi du 1^{er} mars 1898, complétant l'article 2075 du Code civil, prescrit que tout acte de nantissement d'un fonds de commerce devra à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité ; — Attendu qu'il ressort des débats parlementaires qui ont précédé le vote de la

complètement occulte. On a fini par reconnaître la vérité de cette affirmation ; on a remplacé ce qui existait par autre chose. La publicité sur un registre public que les tiers ont toujours le droit de consulter dans un lieu

loi, ainsi que des rapports présentés à la Chambre des Députés et au Sénat, que le législateur a voulu, par la loi du 1^{er} mars 1898, dispenser le nantissement des fonds de commerce des formalités prescrites par l'article 2075 pour l'établissement du privilège sur les meubles incorporels, et, tout en facilitant le nantissement, sauvegarder d'une manière plus efficace les intérêts des tiers en leur permettant de connaître un acte qui, jusque là, pourrait demeurer secret entre le débiteur, le créancier nanti et le propriétaire, que cette intention ressort, à l'évidence, de la suppression des mots « en outre » qui, dans le projet de loi, précédait le texte actuel et le reliait ainsi au texte ancien de l'article 2075, ajoutant une formalité nouvelle à celle déjà évitée ; — Attendu que l'on doit inférer de cette suppression que la nécessité de l'inscription au greffe ne vient pas s'ajouter aux dispositions de l'article 2075, lesquelles s'appliquent au nantissement de meubles incorporels, mais que cette prescription se suffit à elle-même, lorsqu'il s'agit de nantissement de fonds de commerce ; que la remise du gage prescrite par l'article 2076, si elle peut se comprendre lorsqu'il s'agit d'un objet corporel ou d'une créance, ne présente aucune signification en matière de fonds de commerce, puisque le débiteur ne peut se dessaisir de son fonds de commerce, entre les mains du créancier gagiste, sans se priver en même temps des moyens de faire face à ses engagements ; qu'il s'ensuit qu'en faisant inscrire le nantissement au greffe de ce tribunal, dame Lachaud a rempli la seule obligation que la loi lui imposait pour la validité de cet acte, etc... »

4^e espèce. — Tribunal de commerce de Rouen, 13 juillet 1900.

« Attendu que le syndic ès qualités soutient que la loi du 1^{er} mars 1898 n'a point abrogé les dispositions de l'article 2075 du Code civil et que Basset eût dû signifier le nantissement au bailleur de l'immeuble, ainsi du reste que le prescrivait l'acte même du nantissement ; mais attendu que la loi du 1^{er} mars 1898 précitée, complétant l'article 2075 susvisé, prescrit que tout acte de nantissement d'un fonds de

public. Pourquoi dès lors laisserait-on subsister ces formalités inutiles à côté de la formalité nouvelle qui se suffit à elle-même ?

2° Les travaux préparatoires sont également décisifs

commerce devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité ; attendu que l'on doit déduire du texte même de cette loi, que la nécessité de l'inscription au greffe ne vient pas s'ajouter aux dispositions de l'article 2075 susvisé, lesquelles s'appliquent aux nantissements de meubles incorporels, mais que cette prescription se suffit à elle-même lorsqu'il s'agit de fonds de commerce ; attendu que c'est vainement que le syndic voudrait arguer de ce que l'acte de nantissement, dans l'espèce, a prescrit la signification au bailleur ; que ce dernier seul pourrait se prévaloir de cette omission si elle lui portait préjudice ; attendu que de ces considérations, il faut conclure qu'en faisant inscrire son nantissement au greffe du tribunal, Basset a rempli la seule obligation que la loi du 1^{er} mars 1898 lui imposait pour la constitution de l'acte de nantissement dont s'agit. »

5^e espèce. — Tribunal de commerce de Rouen, 23 juillet 1900.

« Attendu, en droit, que la loi du 1^{er} mars 1898 n'a eu pour objet que d'autoriser avec certitude le nantissement des fonds de commerce et d'établir d'une façon pratique les conditions spéciales de publicité sous lesquelles la dation en nantissement de ce biens d'une nature spéciale pourrait être désormais opposable aux tiers ; qu'en effet, à raison des éléments divers, — biens corporels ou incorporels, — dont se compose l'universalité qui constitue un fonds de commerce, des divergences profondes s'étaient élevées dans la jurisprudence sur la légalité de ce nantissement et les conditions qui étaient imposées à leur validité ; que, pendant que les tribunaux consulaires subordonnaient cette validité à la mise en possession effective du créancier, du matériel et des marchandises, et allaient même jusqu'à interdire en cette matière la dation en nantissement, la Cour de Cassation, considérant le fonds de commerce pris dans son ensemble comme un meuble incorporel, décidait qu'il suffisait au créancier gagiste, pour être réputé en pos-

en notre sens. Le texte primitivement voté par la Chambre des Députés sur le rapport de M. Millerand portait : « L'article 2075 du Code civil est ainsi complété : « *En outre*, chaque dation en nantissement d'un fonds de commerce devra... » laissant ainsi entendre

session vis-à-vis des tiers, de se faire remettre le bail des lieux occupés et de signifier au bailleur l'acte constitutif du nantissement ; attendu que du texte de la loi nouvelle et des travaux préparatoires qui en ont précédé le vote, il résulte à n'en pas douter que le législateur, reconnaissant d'un côté l'insuffisance des conditions imposées par la jurisprudence de la Cour suprême, d'un autre côté le défaut de garantie pour les tiers et l'impraticabilité de la mise en possession effective telle qu'elle est exigée par l'article 2076 du Code civil, a entendu créer en matière de nantissement des fonds de commerce un droit spécial dérogatoire au droit commun, n'imposant comme unique condition de la validité du nantissement vis-à-vis des tiers, que l'inscription du contrat qui les constate sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité ; attendu qu'on argumenterait en vain de ce qu'il est dit dans le préambule de la loi : « L'article 2075 du Code civil est ainsi complété », et de ce qu'on a laissé subsister dans l'article 2076 ces mots : « Dans tous les cas », pour soutenir que les formalités exigées par ces deux articles doivent se cumuler avec celles que prescrit la loi de 1898 ; que la volonté formelle du législateur de dispenser le nantissement sur les fonds de commerce des formalités de droit commun ressort avec évidence non seulement du rapport et de la discussion qui s'est déroulée devant le Sénat, mais surtout de la suppression des mots : « En outre » qui, dans le projet, précédaient le texte de la loi et le reliaient au texte ancien de l'article 2076 ; que les mots « Dans tous les cas » qu'on trouve en tête de l'article 2076 ne s'appliquent évidemment qu'à ce texte ancien, c'est-à-dire au premier paragraphe de l'article 2075, à l'exclusion du paragraphe nouveau qui forme le droit spécial pour le nantissement des fonds de commerce ; attendu, sur la régularité du gage, que le nantissement a été réalisé et publié conformément aux principes édic-

que l'inscription était une formalité s'ajoutant à celles prescrites par l'article 2073. Mais, devant le Sénat, les mots « En outre » furent supprimés, et le rapport de M. Thézard devant cette assemblée indique que cette suppression est intentionnelle (1).

tés par la loi du 1^{er} mars 1898 ; que vainement Boildieu, syndic de la faillite du débiteur, voudrait s'appuyer sur les dispositions de l'article 2076 du Code civil pour demander, à raison du défaut de mise en possession du créancier gagiste, la nullité du nantissement ; que cet article qui subsiste pour la validité d'un nantissement autre que celui d'un fonds de commerce n'est, pas plus que le premier paragraphe de l'article 2073, applicable à l'objet spécial de la loi du 1^{er} mars 1898, laquelle se suffit à elle-même ; que, loin que le projet de loi déposé par le gouvernement dans le courant du mois de février 1899 soit indicatif d'une pensée contraire, il n'est que la consécration sous une forme plus affirmative des règles établies par la loi du 1^{er} mars de l'année précédente.

(1) Dans son rapport au Sénat, M. Thézard, après avoir approuvé le principe du projet de loi voté par la Chambre, y a proposé des modifications qui ont été définitivement adoptées pour devenir la loi, et cela dans les termes suivants : « Nous avons été, dit-il, amenés, sans excéder la portée de la disposition votée par la Chambre et en nous attachant à la même solution, à faire quelques autres changements dans la rédaction. La plupart tendent simplement à mettre les termes de la disposition nouvelle en harmonie plus complète avec le langage du Code civil. Il en est une cependant qui touche au fonds des choses et dont il est nécessaire de signaler la portée, qui pourrait passer inaperçue au premier coup d'œil. Le texte voté par la Chambre débutait par ces mots : « En outre, la dation en nantissement... » Les mots « en outre » ont disparu de notre rédaction et il en résulte une différence notable. D'après la proposition votée par la Chambre, la publicité par voie de mention sur un registre était une condition s'ajoutant à celle déjà indiquée dans la première partie de l'article 2073 savoir la notification du titre au débiteur, c'est-à-dire qu'on avait maintenu la règle

Ajoutons encore que si l'on exigeait la remise des titres par le débiteur on créerait une entrave inutile à la circulation des fonds, le titre d'acquisition et l'acte de bail étant nécessaires au commerçant qui veut céder; et l'on pourrait trouver encore bien d'autres hypothèses où il est utile au commerçant d'avoir l'instrument de ses droits entre les mains.

§ II. — Deuxième phase : Inscription du nantissement.

71. — La validité du nantissement des fonds de commerce à l'égard des tiers est soumise par la loi nouvelle à l'exécution d'une mesure de publicité.

reconnue, par l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 1888 (*Gaz. Pal.* 1889, 4, 649), la nécessité de la signification au propriétaire locateur. Par la suppression des mots *en outre*, nous faisons de la publicité une condition indépendante et qui se suffit à elle-même en matière de nantissement de fonds de commerce. Nous avons d'ailleurs montré par avance le caractère illusoire de la signification à faire au propriétaire locateur; elle n'ajoute rien à la sauvegarde des intérêts qu'il s'agit de protéger. La disposition nouvelle va plus loin : elle supprime aussi nécessairement, en matière de nantissement de fonds de commerce, l'application de l'article 2076, c'est-à-dire la mise de l'objet en la possession du créancier ou d'un tiers. Cette mise en possession est en réalité incompatible avec la nature du fonds de commerce, et si l'arrêt de 1888 l'avait cependant appliquée à l'acte de bail, c'était par la nécessité de rattacher d'une façon quelconque aux règles du Code civil une matière que celui-ci n'avait point prévue et tout en laissant entrevoir par ses motifs même l'utilité d'une solution différente. »

N^o 4. — *Moyen de publicité.*

72. — Le législateur pouvait choisir entre différents procédés en usage dans nos lois : l'insertion dans les journaux d'annonces légales, l'affichage en certains lieux déterminés, l'inscription ou la transcription sur un registre spécial tenu à la disposition du public.

Il a choisi l'inscription sur un registre spécial et ce choix se justifie par les raisons suivantes : « En préférant la publicité d'un registre de greffe à celle des journaux judiciaires dit le rapport présenté par M. Millebrand à la Chambre des députés, nous croyons servir à la fois l'intérêt du débiteur, légitimement fondé à réclamer que cette publicité nécessaire soit aussi discrète que possible, et celle des tiers qui sauront, le cas échéant, où trouver, aisément et vite le renseignement utile. » On ne paraît pas avoir songé à l'affichage en certains lieux déterminés, mais n'en faisons point grief au législateur ; ce moyen-là aurait été assurément le plus mauvais de tous, en supprimant absolument la discrétion que l'on voulait mettre avec raison à cette publicité.

D'ailleurs ce n'était point la première fois que la loi organisait la publicité du gage. L'examen des précédents s'imposait : le mode de publicité employé aussi pour l'hypothèque des navires, notamment, et

puis certaines dispositions des codes étrangers (1).

On pouvait d'autant mieux recourir à ce moyen que, tout en ayant le caractère mobilier, les fonds de commerce offrent une certaine fixité en ce sens que s'ils sont quelquefois transportés d'un lieu dans un autre d'une ville, il est tout au moins très rare qu'on les transporte d'un arrondissement dans un autre.

N° 2. — *Lieu de l'inscription.*

73. — Le législateur nous paraît encore avoir été bien inspiré en choisissant comme lieu de l'inscription le greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est situé, M. Thézard justifie ainsi ce choix dans son rapport : « Le greffe du tribunal de commerce est tout indiqué comme dépôt des actes qui intéressent les tiers ; c'est déjà un des lieux où doivent être déposés, pour être à la disposition du public, les actes constitutifs des sociétés et les pièces annexes. Ajoutons que les publications des actes de société ont lieu au siège social et non au lieu du domicile des associés.

Approuvons donc à la fois le choix du greffe du tribunal de commerce et le choix parmi les différents greffes des tribunaux de commerce, celui dans le ressort duquel le fonds est situé.

(1) Code de com. allemand (art. 3093) et Code fédéral suisse (art. 210).

On aurait pu songer à créer des officiers publics nouveaux chargés de recevoir ces inscriptions. Cette création aurait été assurément inutile. On aurait pu songer aux conservateurs des hypothèques qui, sauf à Paris où il existe trois bureaux, ont une compétence territoriale s'étendant à l'arrondissement tout entier. Le choix n'eut pas été aussi heureux que celui des greffiers des tribunaux de commerce qui paraissent centraliser la publicité de tous les actes intéressant les commerçants.

On aurait pu enfin songer aux greffiers des tribunaux de paix. Le choix n'eut pas non plus été aussi heureux que celui auquel on s'est arrêté. car, particulièrement dans les grandes villes, la compétence territoriale de ces juridictions n'est quelquefois pas étendue et souvent des fonds auraient pu être transportés d'un canton dans un autre.

Quant au greffier près la Cour d'appel il a été justement écarté car il aurait souvent obligé les parties à de grands déplacements pour opérer l'inscription.

Nous avons approuvé aussi le choix, parmi les différents greffes des tribunaux de commerce, du greffe dans le ressort duquel le fonds est situé. On avait proposé d'abord le greffe du tribunal du domicile du cédé, c'est-à-dire du domicile du commerçant qui a donné son fonds en nantissement. Évidemment, ce domicile est le plus souvent au lieu même du siège de son fonds ; mais il n'en est pas toujours ainsi, et il en serait résulté de graves inconvénients pour ceux qui, ignorant le

domicile particulier du commerçant auraient été induits en erreur sur son crédit en prenant leurs renseignements au greffe de la situation du fonds. En outre le domicile particulier du commerçant est beaucoup plus susceptible d'être déplacé que le siège de son fonds.

74. — Des difficultés peuvent cependant se présenter, même avec le système adopté par la loi, dans plusieurs hypothèses :

Un commerçant peut avoir plusieurs fonds de commerce situés dans des arrondissements différents. Il est bien évident qu'il peut constituer en gage un seul de ces fonds, mais il peut aussi en donner en même temps plusieurs.

A quel endroit la publicité devra-t-elle être faite ?

On peut supposer d'abord que ces fonds n'ont aucun lien entre eux, que, par exemple, le commerçant s'y livre à des opérations commerciales toutes différentes. Dans ce cas pas de difficultés, le nantissement devra être inscrit au lieu de la situation du fonds donné en gage, ou des fonds donnés en gage si l'acte a porté sur plusieurs fonds à la fois.

Mais ces fonds peuvent aussi dépendre d'une seule et même exploitation. Dans ce cas il y aura nécessairement une maison principale et des succursales. Si c'est la maison principale seule qui a été donnée en gage, pas de difficultés, l'inscription aura lieu au siège de cette maison et à ce lieu seulement. Mais que décider

si le nantissement porte sur une succursale ? Nous sommes tentés de croire que la publicité doit avoir lieu à la fois au lieu d'établissement de la maison principale et au lieu d'établissement de la succursale ; il n'y a que ce moyen de sauvegarder complètement l'intérêt des tiers qui peuvent ignorer l'existence ou de la maison principale ou de la succursale. Mais nous ne pensons pas qu'il faille aller plus loin et dire que lorsqu'une des succursales est donnée en gage la publicité doive être faite au lieu d'établissement de toutes les succursales restées en dehors de l'acte, car s'il existe un lien de gestion entre les succursales et la maison principale, il n'existe aucun lien de gestion entre les différentes succursales.

Nº 3. — *Mode de l'inscription.*

75. — Tout, d'abord, le législateur a prescrit une inscription et non une transcription. Ces deux mots ont dans le langage du droit un sens bien précis et différent : l'inscription est un extrait d'un acte, contenant seulement l'énonciation des clauses de cet acte qui sont de nature à intéresser les tiers visés par la loi ; la transcription est au contraire une copie intégrale de l'acte. C'est donc par un extrait seulement que le nantissement doit être rendu public (1).

Sic : Montier, *Nantissement des fonds de commerce*, nº 75, p. 55.

76. — L'inscription a lieu sur un registre *ad hoc*, dont la tenue est imposée au greffier, sans autre indication de la loi. D'où il ressort que les inscriptions doivent être faites les unes à la suite des autres dans l'ordre ou elles sont reprises.

C'est le mode adopté par la loi pour les inscriptions et transcriptions d'actes ou jugements intéressant la propriété et les droits réels. Il ne s'ensuit pas que ce soit le plus pratique, car si l'on est astreint à feuilleter année par année tous les registres depuis un temps éloigné pour être fixé sur la valeur de crédit d'un fonds, cela aboutit à une impossibilité matérielle d'utiliser pratiquement le mode de publicité organisée par la loi.

Pourtant dans la pratique on peut remédier à cet inconvénient, plus particulièrement considérable dans les grandes villes, en créant un répertoire alphabétique général des noms des commerçants qui ont engagé leurs fonds, répertoire permettant de s'assurer de suite qu'un fonds est libre ou engagé et, dans ce dernier cas, en se reportant aux registres, de savoir pour quelles sommes.

77. — Comment le greffier fait-il la rédaction de l'inscription ?

La loi ne dit rien à cet égard, et il paraît impossible de transporter dans notre domaine les règles prescrites en matière d'inscription d'hypothèques, c'est-à-dire la rédaction par le requérant de bordereaux.

Il semble donc que le greffier soit tenu de faire l'inscription sur une réquisition simplement orale. Il écrit lui-même sur son registre, fait signer par les requérants et signe lui-même ensuite.

Mais doit-il pour cela s'en remettre uniquement aux déclarations orales qui lui sont faites ou n'a-t-il point le droit de se faire communiquer l'acte écrit constatant le contrat lorsqu'il a été rédigé.

Nous croyons que cette question doit être résolue par une distinction.

Si l'on est dans un cas où la rédaction d'un écrit enregistré s'impose aux parties, le greffier peut en demander la production.

Si, au contraire, on est dans un des cas où la rédaction d'un écrit est simplement facultative, le greffier ne peut en exiger la production.

En tous cas, il convient de rejeter l'opinion qui tendrait à consacrer au profit du greffier le droit d'exiger dans toutes les hypothèses un acte écrit et enregistré. Ce serait là ajouter à la loi (1).

N^o 4. — *Enonciations de l'inscription.*

78. — La loi est encore muette à cet égard, mais il résulte bien nettement de son esprit, sinon de son texte,

(1) Sic : Montier, *Des nantissements de fonds de commerce*, p. 54. Cet auteur indique que dans la pratique la production de l'acte écrit et enregistré a été exigé par un grand nombre de greffiers, ce qui a

que le greffier doit se renseigner sur toutes les clauses du contrat de nantissement qui sont de nature à intéresser les tiers.

Nous pensons donc qu'il devrait demander au requérant tous les renseignements propres à identifier le fonds pour éviter des confusions possibles, les éléments du fonds compris dans le gage et l'indication précise du montant de la créance pour laquelle le fonds est engagé. La mention au registre produira ainsi toute l'utilité qu'on est en droit d'en attendre.

Toutefois, le silence de la loi nouvelle ne permet pas d'attacher la sanction de nullité à l'inobservation de ces règles (1).

N° 5. — *En quoi consiste la publicité ?*

79. — On peut s'en rendre compte maintenant, la publicité résulte de ce que le registre tenu au greffe est public.

l'inconvénient de donner lieu à la perception du droit de 4 0/0 sur la somme garantie par le nantissement, sous prétexte que l'acte contient reconnaissance de dette.

(1) Le tribunal de commerce de Rouen, a jugé, le 13 juillet 1900 (*Gaz. Pal.* 1900, 2, 482). « Que la loi du 1^{er} mars 1898 a voulu une publicité aussi réduite que possible, un simple avertissement aux négociants qui auraient à traiter avec le débiteur ; que le rôle du greffier consiste seulement à inscrire au procès verbal les mentions nécessaires pour qu'aucune confusion ne soit possible sur l'identité du débiteur ni sur celle du fonds sur lequel le nantissement est consenti, que l'indication des noms et prénoms et domicile des parties est plus im-

Publicité, cela veut-il dire que le registre est directement à la disposition du public, ou au contraire que le greffier donne le renseignement demandé en consultant lui-même son registre ?

La question n'a pas une grosse importance, mais si on s'arrête au second mode, doit-on dire que le greffier donnera le renseignement verbalement ou par écrit ?

C'est par écrit que le conservateur des hypothèques répond aux réquisitions également écrites qui lui sont adressées. Nous ne croyons pas encore ici, dans le silence de la loi, que l'on puisse étendre à notre hypothèse cette disposition du régime hypothécaire. La réquisition peut donc être orale et la réponse du greffier peut être également orale. Nous verrons ultérieurement si, de ce chef, la responsabilité du greffier pourrait être engagée.

80. — La publicité emporte d'ailleurs le droit pour tout le monde d'être renseigné. Il n'est pas nécessaire que l'on soit directement intéressé, et par exemple, nous croyons que les agences de renseignements pourraient à l'avance se faire communiquer les registres concernant les commerçants sur la solvabilité desquels elles peuvent être consultées.

portante que l'indication du montant de la créance, qu'en conséquence les nullités ne se suppléant pas, le défaut d'indication dans l'inscription sur le registre du montant de la somme garantie ne saurait entraîner la nullité de l'inscription. »

N^o 6. — *En quel temps l'inscription doit être prise ?*

81. — *1^{re} question* : Et tout d'abord, à dater de quelle époque l'inscription peut-elle être prise ?

Sur ce point aucune difficulté n'est possible. L'inscription peut être prise immédiatement après la formation du contrat.

82. — *2^{me} question* : Jusqu'à quelle époque l'inscription peut-elle être effectuée ?

La loi n'édicte à cet égard aucun délai fatal, et il faut en conclure qu'en principe, l'inscription peut être faite tant que le privilège résultant du nantissement subsiste.

Mais le créancier a un intérêt manifeste à se hâter de prendre son inscription ; il est en effet à craindre pour lui qu'un autre créancier nanti postérieurement ne prenne une inscription qui primerait la sienne. Il est à craindre aussi que le débiteur ne cède son fonds à un tiers et que celui-ci se libère du prix dans l'ignorance du privilège concédé.

83. — Certains événements arrêtent le cours des inscriptions de privilèges et d'hypothèques sur les immeubles et il importe de les passer en revue pour se demander s'ils ne mettraient point obstacle également à l'inscription des nantissements sur les fonds de commerce.

84. — Le premier de ces événements est la transcription de l'acte constatant l'aliénation du bien grevé du privilège ou de l'hypothèque. En vertu de l'article 3 de la loi du 23 mars 1855, la vente d'un immeuble ne devient opposable aux tiers qui tiennent leurs droits de l'aliénateur que par la transcription ; il en résulte que les privilèges et hypothèques acquis du chef du vendeur peuvent être utilement inscrits même après la vente et tant que cette formalité n'a point été accomplie ; ils ne le peuvent plus, cette formalité opérée. Il est donc vrai de dire que la transcription arrête le cours des inscriptions de tous privilèges ou hypothèques acquis du chef du précédent propriétaire. L'inscription prise après la transcription de l'acte d'aliénation serait dénuée de toute efficacité, non seulement au point de vue du droit de suite, mais aussi du droit de préférence (loi du 23 mars 1855, art. 6).

Aucun doute que cette disposition ne puisse trouver aucune application en notre matière. La vente des fonds de commerce devient parfaite par le seul consentement des parties comme toute vente de meubles indépendamment de toute transcription.

Quant à la vente elle-même, elle ne fait point obstacle à la prise de l'inscription, à défaut de disposition législative en ce sens. Mais le créancier gagiste, comme nous le disons ci-dessus, fera bien de ne point attendre que cet événement se réalise, car l'acheteur dans l'ignorance de l'affectation qui grève la chose

vendue, pourrait se libérer valablement entre les mains du vendeur, sans que le créancier gagiste négligent puisse élever aucune plainte contre lui à raison de sa bonne foi.

85. — Il est d'usage dans certaines régions de la France et notamment à Paris que l'acquéreur d'un fonds de commerce publie son contrat d'acquisition dans un journal d'annonces légales et qu'il ne paye son prix qu'à la charge des oppositions qui se révèlent dans les dix jours suivants. Dans ces régions, la Jurisprudence décide que cet usage répond à une nécessité d'ordre public et qu'il a force de loi (1).

Mais, en admettant que l'on puisse reconnaître à cet usage le caractère obligatoire, il ne faudrait pas en conclure que la vente ne devient opposable aux tiers qu'après cette publication. La Jurisprudence n'a d'ailleurs jamais été si loin, elle décide seulement que, si l'acquéreur ne remplit pas cette formalité, il commet une faute qui peut l'exposer à payer une seconde fois son prix. C'est qu'en effet le principe que la propriété mobilière se transmet dans notre droit par le seul effet de

(1) V. notamment : Trib. com. Marseille, 1^{er} mars 1891 (*Gaz. Pal.* 1891, 1, 414) ; Paris, 27 décembre 1893 (*Gaz. Pal.* 1894, 1, 472) ; Trib. com. Rouen, 23 mars 1896 (*Gaz. Pal.* 1896, 2, 446, D. 1896, 2, 208) ; Paris, 29 avril 1897 (*Gaz. Pal.* 1897, 2, 62) ; Trib. com. Le Havre, 7 décembre 1898 (*Rec. du Havre*, 1899, 1, 61). — V. cependant *contra* : Trib. com. Montpellier, 15 décembre 1896, (*Gaz. Pal.* 1897, 1, 473).

l'accord de volontés des parties, même à l'égard des tiers, est d'ordre public comme touchant à l'organisation même de la propriété et que par suite, l'usage ne peut prévaloir contre lui (1). Il faut en conclure que cette publication alors même qu'elle serait accomplie en vertu de l'usage ci-dessus rappelé, n'aurait pas pour conséquence de faire obstacle à ce que le nantissement du fonds fut inscrit postérieurement.

86. — Une question plus délicate peut se poser dans l'hypothèse suivante : Le propriétaire d'un fonds de commerce est en même temps propriétaire de l'immeuble dans lequel est exploité le fonds ; il a donné en nantissement à un créancier son fonds de commerce sans y comprendre l'immeuble, et avant que le créancier gagiste ait pris le soin de faire inscrire son nantissement, le propriétaire du fonds l'a vendu en même temps que l'immeuble à un tiers qui a fait transcrire son acte d'acquisition. Cette transcription fait-elle obstacle à l'inscription ultérieure de l'acte de nantissement portant uniquement sur le fonds de commerce ? Nous ne le croyons pas. La transcription exigée seulement pour rendre opposable aux tiers et définitive à l'égard de ceux-ci la transmission de l'élément immobilier fait bien obstacle à ce que les tiers puissent inscrire des privilèges et hypothèques qu'ils tiennent de l'aliéna-

(1) Voir en ce sens : Charles Simon, *Le fonds de commerce*, p. 156.

teur sur l'immeuble, mais elle ne modifie point la situation des tiers qui ont des droits sur le fonds de commerce uniquement. Autrement dit, il est impossible de considérer cette vente en bloc comme créatrice entre l'immeuble et le fonds de commerce d'une indivisibilité dans laquelle l'élément mobilier serait absorbé dans l'élément immobilier, et ne pourrait être séparé de celui-ci. Le créancier gagiste conservera donc, en dépit de la transcription régulière de l'acquisition le droit d'inscrire son nantissement.

87. — La même solution devrait être appliquée et pour des motifs analogues dans l'hypothèse où le propriétaire d'un fonds de commerce, propriétaire en même temps de l'immeuble dans lequel est exploité le fonds aurait fait donation en bloc de son fonds et de l'immeuble à un tiers, après avoir donné le fonds en nantissement à un créancier, et où le donataire aurait fait transcrire l'acte de donation avant que le créancier gagiste ait pris son inscription.

Le créancier gagiste n'en conserverait pas moins le droit de prendre son inscription. D'ailleurs, dans cette hypothèse, le créancier gagiste, armé du droit qui lui est conféré par l'article 1167 du Code civil peut faire prononcer la nullité de la donation comme faite en fraude de ses droits s'il démontre que cet acte a créé l'insolvabilité de son débiteur ou l'a augmentée.

88. — La transmission à titre universel d'un fonds de commerce ne ferait point obstacle non plus à l'inscription du nantissement constitué par l'auteur du titulaire actuel, et par conséquent l'héritier ou le légataire universel d'un fonds comme les créanciers de ceux-ci sont obligés de subir l'effet de l'inscription prise postérieurement à leur acquisition.

89. — Le second événement qui peut faire obstacle à l'inscription des privilèges et hypothèques est la faillite ou la liquidation judiciaire déclarée du constituant (art. 2146 du Code civ., 448 du Code com. et art. 4 et 5, § 2. Loi du 4 mars 1889).

L'article 448, § 1^{er} dispose que les droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite mais par suite pas au delà. L'article 5 § 2 édicte la même règle en matière de liquidation judiciaire.

Toutefois, en ce qui concerne les inscriptions prises après l'époque de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui l'ont précédée, le juge est autorisé à les annuler, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription. Ce délai doit être augmenté d'un jour à raison de 5 myriamètres de distance entre le lieu où le droit d'hypothèque a été acquis et le lieu où l'inscription a été prise (art. 448, § 2). Le législateur a redouté qu'un commerçant peut conserver jus-

qu'au jour de la faillite un crédit apparent de nature à induire le public en erreur sur sa situation, grâce à la complaisance de ses créanciers qui retarderaient l'inscription de leurs privilèges ou hypothèques ; de là cette règle (1).

Ces principes s'appliquent-ils à l'inscription du nantissement des fonds de commerce ?

1^o Il ne paraît pas douteux que l'inscription d'un nantissement de fonds ne pourrait pas avoir lieu après le jugement déclaratif. Mais cette opinion ne peut, à notre avis, être appuyée sur le texte de l'article 448, § 1^{er} du Code de commerce, qui est un texte exceptionnel et dont l'application ne peut être faite que dans les *strictes limites* où la loi dispose c'est-à-dire les droits d'hypothèque et de privilège sur les immeubles. Elle doit être basée sur le dessaisissement qui frappe le failli et qui constitue une main-mise par la masse des créanciers sur tout son patrimoine (1). Les droits de chacun des créanciers sont fixés d'une façon définitive par le jugement déclaratif de faillite, il n'est pas possible à l'un d'eux de se créer une situation privilégiée à l'encontre des autres. Vainement soutiendrait-on que l'inscription du nantissement ne constituerait de la part du créancier gagiste qu'un acte conservatoire ; un acte conservatoire en cette matière ne pourrait être qu'un

(1) V. à cet égard, Renouard, *Faillites et Banqueroutes*, t. I, p. 397 et s.

acte ayant pour effet de sauvegarder un droit persistant sans l'augmenter. Or si l'on admettait le créancier gagiste à inscrire après le jugement déclaratif, il passerait de la catégorie des créanciers chirographaires dans celle des créanciers privilégiés, absorbant ainsi le plus souvent le principal actif au détriment des créanciers chirographaires, alors que ceux-ci n'ont peut-être suivi la foi du débiteur que parce que son fonds n'était pas engagé à leur connaissance.

Une solution identique devrait, à notre avis être admise en matière de liquidation judiciaire, car si le dessaisissement n'est point aussi rigoureux pour le liquidé, en ce sens qu'il peut être maintenu à la tête de ses affaires, son patrimoine tel qu'il se comporte au jour du jugement déclaratif n'en considère pas moins le gage de la masse de ses créanciers, et les droits de chacun se trouvent irrévocablement fixés tout comme en matière de faillite.

2° En ce qui concerne les inscriptions de nantissement prises pendant la période suspecte, la question de savoir si elles peuvent être déclarées nulles lorsqu'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif du nantissement et celle de l'inscription, est extrêmement délicate et soulèvera certainement des controverses.

On peut être tenté de dire que l'inscription du nantissement des fonds de commerce rentre bien dans les termes mêmes de l'article 248 puisqu'elle est une ins-

cription de privilège. On peut dire encore que le but poursuivi par le législateur qui est d'éviter qu'un commerçant puisse conserver jusqu'au jour de la faillite un crédit apparent de nature à induire le public en erreur sur sa situation grâce à la complaisance de créanciers consentant à retarder leur inscription, est particulièrement désirable dans notre cas (1).

Nous ne croyons pas pourtant que ces arguments soient décisifs. La disposition de l'article 448, § 1 et 2 est une disposition exceptionnelle ; les inscriptions de privilèges qu'il vise sont seulement celles dont la forme, le caractère et les effets sont prévus au titre des privilèges et hypothèques du Code civil. Or il n'est pas possible de soutenir qu'en édictant que désormais le nantissement des fonds de commerce sera soumis à la formalité d'une inscription, le législateur ait entendu donner à cette inscription les caractères et les effets des inscriptions de privilèges et d'hypothèques sur les immeubles. Rien n'indique même qu'il y ait employé le mot *inscription* à dessein ; il aurait pu tout aussi bien employer l'expression *transcriptions* ou tout autre et dans ce cas on ne pourrait assurément point prétendre que l'article 448, § 2 serait applicable (2). En un mot,

(1) Voir en ce sens : Montier, *Nantiss. des fonds de commerce*, n° 90 et s., p. 66 et s.

(2) La jurisprudence décide que l'article 448, § 2 du Code de commerce ne peut être appliqué qu'aux inscriptions de privilèges et hypothèques strictivement et ne doit pas être étendu aux formalités de

il faut se rappeler, qu'en organisant ce système de publicité nouveau consistant dans l'inscription sur registre spécial, le législateur de 1898 n'a eu pour but que de créer un système moins défectueux que celui qui existait auparavant, sans penser au delà. Or, sous le régime de la loi antérieure, l'article 448, § 2 du Code de commerce était inapplicable aux formalités de publicité que l'inscription a aujourd'hui remplacées (1) c'est-à-dire à la signification de la constitution du gage lorsqu'il était constitué sur choses incorporelles. Pourquoi étendrait-on les effets de la loi au-delà de ce que le législateur a eu en vue ?

On pourrait être tenté d'objecter que l'article 448 s'applique d'une façon générale aux inscriptions d'hypothèques ou de privilèges sans s'inquiéter de la nature de l'objet hypothéqué. Mais on peut répondre que le législateur n'avait point à s'en préoccuper à l'époque où il a édicté cette disposition, car l'inscription n'était jamais exigée pour des hypothèques ou des privilèges que lorsqu'ils portaient sur des immeubles.

publicité ; que par suite la nullité prévue ne peut frapper ni la transcription d'une donation : Cass. 26 novembre 1845 (D. 1846, 1, 53) ; ... ni la transcription d'une délégation de loyers : Paris, 8 juin 1899 (*Gaz. Pal.* 1899, 2, 454).... si la signification de la constitution en gage d'une créance : Cass. 19 juin 1848 (S. 1848, 1, 465, D. 1848, 1, 181).

(1) Voir en ce sens : Demangeat sur Bravard-Veyrières, *Fr. de dr. comm.*, t. V, p. 295, note 1 ; Boistel, *Précis de dr. com.*, n° 958, *in fine* ; Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit comm.*, t. II, n° 2788^{bis} ; Lyon-Caen, note rapportée, S. 1886, 1. 308.

D'ailleurs nous n'avons pas la prétention de soutenir que l'article 448 § 2 doive être limité aux inscriptions d'hypothèques et de privilèges portant sur des immeubles, mais aux inscriptions auxquelles la loi assure les effets spéciaux que le créancier est en droit d'attendre de son droit de préférence et de son droit de suite (1).

Nous pensons donc que l'inscription du nantissement d'un fonds de commerce n'est point susceptible de tomber sous le coup de la nullité édictée par l'article 448 § 2 du Code de commerce, soit en cas de faillite, soit en cas de liquidation judiciaire du constituant.

90. — Le troisième événement susceptible de rendre inutile l'inscription d'hypothèque ou de privilège est la mort du débiteur suivie de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de sa succession. Dans ce cas, comme en cas de faillite, la loi ne veut pas qu'un créancier puisse après coup se faire une situation préférable à celle des autres (art. 2146 § 2 Code civil).

Ici encore, dans le système qui consiste à soutenir que l'inscription du nantissement étant une inscription de privilège doit être soumise à toutes les règles applicables à ces inscriptions, il faudrait dire que la mort du propriétaire d'un fonds qui a donné ce

(1) Il faut ainsi admettre que la disposition de l'article 448, § 2 du Code de commerce s'applique à l'hypothèque maritime sur les navires qui est une véritable hypothèque.

fonds en gage à un créancier rend inutile l'inscription d'hypothèque, mais nous avons déjà par avance écarté cette solution en décidant que l'inscription du nantissement ne peut être soumise par analogie aux règles édictées pour les inscriptions de privilèges immobiliers et d'hypothèques.

SECTION IV

ÉTENDUE DU NANTISSEMENT.

91. — La loi du 1^{er} mars 1898, nous l'avons vu, a érigé le fonds de commerce en une universalité de fait ; elle a consacré en cela une théorie qui était passée dans l'usage, par suite des nécessités pratiques ; mais elle a négligé de dire quels étaient les éléments qui composeraient cette universalité et l'on ne trouve à cet égard rien de déterminant dans les travaux préparatoires, si ce n'est que le législateur a entendu consacrer un état de choses qui avait reçu déjà la sanction de la jurisprudence basée sur la pratique courante.

Pourtant on ne peut pas dire d'une façon absolue que la loi nouvelle ait consacré à cet égard le système de la jurisprudence. L'arrêt de la Cour de Cassation du 13 mars 1888 (rapporté ci-dessus n^o 28, note), que le

législateur a pris pour point de départ pour affirmer que le fonds de commerce constitue en tous les cas un meuble incorporel, a évidemment été quelque peu dénaturé, il ne dit point cela : il dit bien qu'un fonds de commerce constitue une universalité juridique, mais cette universalité juridique n'est point dans tous les cas une chose incorporelle ; elle est chose corporelle ou incorporelle suivant que l'élément corporel ou incorporel domine ; dans l'espèce, la Cour a jugé que le juge du fait ayant souverainement apprécié que l'élément incorporel était le plus important, le fonds devait être considéré comme un meuble incorporel.

Quoiqu'il en soit, et sous le bénéfice de cette observation, il faut dire que le législateur pour apprécier cet ensemble juridique qu'il n'a point défini s'en est rapporté à ce que la pratique avait consacré antérieurement.

Si donc, on veut être édifié sur la composition de cet ensemble, c'est à cette jurisprudence antérieure et aussi à la doctrine qu'il faut se reporter.

92. — Que comprendra donc le fonds susceptible d'être donné en gage par le moyen qu'indique l'article 2075, § 2 du Code civil ?

Pour la clientèle ou l'achalandage, pour le nom ou l'enseigne, pour le droit au bail, il ne peut y avoir aucune difficulté. Ils concourent certainement à la composition de l'universalité.

Pour le matériel et surtout pour les marchandises la question est beaucoup plus délicate, mais, quelque inconvénient que cette solution puisse présenter dans la pratique, nous pensons que ces deux éléments font partie du fonds et à ce titre peuvent être donnés en nantissement sans dépossession du constituant en même temps que les éléments incorporels (1).

(1) Voir en ce sens : Magnin, *Essai sur le nantissement des fonds de commerce et les résultats de la loi du 1^{er} mars 1898*, n° 13, p. 28, et la note sous Trib. com. du Havre, 30 mai 1899 (*Gaz. Pal.* 1900, 1, 360). Cette opinion est au contraire combattue par Montier (*Des nantissements de fonds de commerce*, n° 49 et s. p. 30 et s.) qui estime que si le matériel fait partie du fonds de commerce, les marchandises doivent au contraire en être exclues.

Dans la jurisprudence, deux décisions ont été rendues à notre connaissance sur cette question, et dans un sens opposé à notre opinion : V. Trib. com. Le Havre 30 mai 1899 (*Gaz. Pal.* 1900, 1, 360) ; Amiens, 7 juillet 1900, (*Gaz. Pal.* 1900, 2.)

1^{re} espèce. — Trib. com. Le Havre, 30 mai 1899.

Attendu, dit ce jugement, que le but de la loi de 1898 a été de faciliter au commerçant la possibilité de se créer de nouvelles ressources comme crédit, en donnant en nantissement son fonds de commerce qu'il continue à exploiter personnellement sans se dessaisir ; que le fonds de commerce comprend nécessairement la clientèle et l'achalandage, et toutes les charges et *à priori* tous les avantages incorporels tels qu'ils existent et qui sont attachés à l'exercice du commerce ; qu'il est également de jurisprudence constante de comprendre comme accessoires, et faisant partie du fonds de commerce, les aménagements et le matériel nécessaires à l'exploitation ; et qu'alors, comme nantissement dépendant du principal, ces aménagements et matériel restent sous la garde et la responsabilité du débiteur qui ne doit s'en dessaisir qu'avec l'autorisation du créancier ; qu'ainsi se trouve rempli le but de la loi qui permet au commerçant de ne plus laisser immobilisées des valeurs parfois très importantes ; — Attendu que les marchandi-

93. — *Marchandises.* — En ce qui concerne les marchandises, l'argument que l'on peut faire valoir à l'appui de cette opinion est le suivant : La Jurisprudence

ses sont assurément indispensables pour l'exercice du commerce, mais qu'elles ne font pas légalement partie de ce qu'on entend par « fonds de commerce » et, qu'à moins de méconnaître tous les principes qui doivent caractériser le gage, on ne saurait admettre qu'il soit licite aux parties de les constituer en nantissement par une simple convention stipulant qu'elles seront comprises dans le fonds de commerce ; que la loi du 1^{er} mars 1898 a voulu que le commerçant pût continuer à exercer sa profession et qu'il n'est pas possible d'arriver à un tel résultat sans laisser à ce commerçant la faculté de vendre librement ; qu'ainsi donc, si, par hypothèse, les marchandises se trouvaient englobées dans le fonds donné en nantissement, le créancier, bien loin d'être nanti à leur égard, aurait pour gage des objets aliénables sans contrôle, à la seule volonté du débiteur, et qui se transformeraient en actif au profit de la masse dès le moment où ils seraient convertis en espèces ou valeurs ; qu'autrement dit le gage n'existerait pas ; — Attendu d'ailleurs, que pour bien se convaincre que le législateur n'a pas entendu comprendre les marchandises dans le nantissement des fonds de commerce, ni constituer un gage avec cet élément mobile, il suffit de rappeler que le but poursuivi a été de créer de nouvelles ressources pour les commerçants et de constater que le nantissement des marchandises sous cette forme aurait, au contraire, pour résultat de ruiner le crédit commercial et de rendre les affaires impraticables ; qu'en effet, les marchandises sont le plus souvent vendues à terme, surtout à ceux qui ont le plus de propension à emprunter sur leur fonds de commerce, et que la confiance du vendeur repose non seulement sur la bonne gestion et la moralité de l'acheteur, mais encore sur la certitude que les marchandises se retrouvent soit en nature, soit en contre-valeur dans l'actif, gage commun des créanciers ; — Attendu qu'il est donc indiscutable que le vendeur sachant que ce qu'il livrerait au commerçant qui a donné son fonds en gage, serait le privilège du créancier nanti, ne consentirait plus le moindre découvert et que même si le fonds était libre, il hésiterait encore à

antérieure à la loi nouvelle a toujours considéré les marchandises comme faisant partie du fonds. Les décisions de justice en ce sens sont nombreuses ; elles ont été

vendre à crédit, dans la crainte qu'un nantissement postérieur ne vint absorber tout l'actif ; que sans nul doute le commerçant peut actuellement faire disparaître de son actif des marchandises achetées à crédit et les constituer en gage dans la forme générale ; qu'il peut également les waranter, et qu'ainsi le créancier court certains dangers ; mais que les très grandes facilités accordées et la simplicité même de la dation en nantissement augmenteraient ces dangers dans une telle proportion que personne n'oserait plus s'y exposer ; — Attendu qu'ainsi donc si le nantissement d'un fonds de commerce peut amoindrir déjà le crédit à découvert, en absorbant dans le gage les droits incorporels et le matériel, ce nantissement entraînerait la suppression de tout crédit dès lors que les marchandises ne resteraient plus comme actif commun à l'égard des tiers. »

2^e espèce. — Amiens, 7 juillet 1900.

« Considérant que les époux Lesur ont fait appel d'un jugement rendu le 5 avril 1900 par le tribunal civil de Laon, jugeant commercialement, qu'ils demandent à faire comprendre dans le nantissement qui leur a été consenti, les marchandises et le matériel qu'ils considéraient comme les accessoires nécessaires du fonds de commerce qui leur a été donné en nantissement ; — considérant que par acte authentique des 24, 25, 28 mai 1900 les époux Lesur ont vendu aux époux Bouchard un fonds de commerce, les marchandises et le matériel servant à l'exploitation, moyennant le prix de 9,715 fr. 94, s'appliquant pour 110 francs au matériel et pour 9,605 fr. 94 aux marchandises dont un état joint à la vente a été régulièrement dressé, que par le même acte, et comme garantie, les époux Lesur se faisaient donner en nantissement le fonds de commerce dont la valeur propre n'avait été estimée ; — qu'ils prétendaient faire porter leur gage sur le matériel et les marchandises ; qu'il s'agit de déterminer l'étendue du gage ainsi constitué ; — considérant que la loi du 1^{er} mars 1898 a organisé pour le fonds de commerce un mode spécial de constitution de gage ; que le fonds de commerce tel que la loi l'en-

rendues non seulement à l'occasion du nantissement des fonds de commerce (1), mais encore à l'occasion de la vente (2), et nous avons vu que cette jurispru-

visage est l'objet d'un droit incorporel, comprenant seulement la clientèle, l'achalandage, l'enseigne, la marque spéciale, le droit au bail, qu'il constitue une universalité de fait indépendante des objets corporels que le fonds de commerce peut contenir ; — que le fonds de commerce représente parfois une part importante des biens ; que le législateur a voulu permettre à un débiteur d'en disposer comme de toutes les autres parties de sa fortune, au mieux de ses intérêts ; — qu'il a ajouté un élément nouveau au crédit des commerçants en les autorisant à se créer des ressources par le nantissement légal du fonds lui-même, mais qu'il n'a rien voulu changer relativement au gage des objets corporels tels que les marchandises et le matériel ; qu'il n'a pas modifié les règles qui les concernent ; que pour les donner en gage aux époux Lesur les époux Bouchart auraient dû s'en dessaisir et en remettre la possession aux créanciers gagistes ; que telle n'était pas leur pensée, puisque les époux Bouchart en gardaient la libre disposition et avaient la faculté de les vendre chaque jour ; — que le gage ne pouvait donc porter que sur le fonds ; que les parties semblent en avoir négligé la valeur et l'avoir considéré comme un simple accessoire ; que, néanmoins, les époux Lesur ayant rempli les formalités prescrites par la loi du 1^{er} mars 1898, ont conservé leur privilège sur le fonds lui-même et doivent être autorisés à l'exercer, c'est-à-dire à faire vendre le fonds séparément ; que sur ce point, la décision des premiers juges doit être modifiée et l'appel des époux Lesur accueilli ; — considérant qu'il y a lieu de maintenir pour le surplus le jugement du 5 avril 1900 et de dire que les marchandises et le matériel se trouvant dans le magasin de Bouchart, dépendent de sa faillite ; que toutes les autres demandes, fins et conclusions des époux Lesur, doivent être rejetées, etc... »

(1) V. *supra* nos 27 et s.

(2) Il a été jugé ainsi à différentes reprises qu'en cas de vente publique aux enchères d'un fonds de commerce, les marchandises constituant un accessoire du fonds et faisant partie des éléments en quel-

dence était basée sur l'intérêt qu'il y avait à ne point disjoindre les éléments divers composant le fonds et à conserver à ceux-ci leur caractère d'universalité de fait admis par la pratique. Notamment le caractère licite de l'opération consistant à donner en bloc en gage, le fonds avec les marchandises, avait été proclamé par cette jurisprudence (1). La loi du 1^{er} mars 1898 n'a point combattu cette théorie ; au contraire, les travaux préparatoires nous montrent qu'on en a reconnu la justesse : « Qu'un fonds de commerce puisse rationnellement être donné en gage, dit M. Thézard, dans son rapport au Sénat, c'est un point qui ne peut faire de doute : il s'agit d'une valeur réelle, d'un élément du patrimoine du débiteur que celui-ci peut donner comme garantie à l'un de ses créanciers ». Comment dès lors peut-on soutenir que la loi de 1898 a exclu de la composition des fonds qu'elle avait en vue les marchandises alors

que sorte indivisible de ce fonds, la vente pouvait avoir lieu en bloc par le même officier public qui devait être un notaire ou un commissaire priseur suivant que l'élément incorporel ou corporel avait une valeur supérieure. — V. notamment : Cass. 23 mars 1836 (S. 1836, 1, 161) ; 27 mai 1878 (S. 1878, 1, 261, D. 1879, 1, 79) ; 13 mai 1888 (*Gaz. Pal.* 1888, 1, 649, S. 1888, 1, 302, D. 1888, 1, 351) ; Riom, 3 mars 1892 (S. 1894, 2, 237, D. 1892, 2, 220) ; Lyon, 23 mars 1893 (S. 1894, 2, 237) ; Cass. 25 juin 1895 (*Gaz. Pal.* 1895, 2, 92) S. 1895, 1, 409) ; Limoges, 17 fév. 1897 (*Gaz. Pal.* 1897, 1, 591) ; Rennes, 17 mai 1898 (*Rec. Nantes*, 1899, 1, 107) ; Sic : M. Boistel, *Précis de droit commercial*, n° 429.

(1) Sur ce point nous avons vu que le tribunal de commerce de la Seine était d'accord avec la Cour d'Appel de Paris et nous avons critiqué cette théorie.

qu'elle avait uniquement pour but de rendre pratique cette opération qui ne l'était pas jusque là, en conservant au fonds toute la valeur de crédit qui lui assurait la réunion de ces différents éléments. Cela est d'autant moins soutenable que si personne n'a paru s'inquiéter au cours des travaux préparatoires de la définition qu'il convenait de donner du fonds au point de vue de sa composition, il a pourtant été parlé incidemment des marchandises dans le rapport présenté au Sénat par M. Thézard, dans lequel on relève la phrase suivante : « Il est bien évident que les meubles corporels, outillage ou *marchandises* ne pourront pas être remis matériellement au créancier gagiste, ce serait incompatible avec l'idée du simple nantissement, la difficulté quant à ces meubles se résout principalement par la conception de l'universalité juridique ; les meubles corporels y sont légalement entraînés et absorbés. »

Pour combattre cette opinion, on soutient qu'en admettant que la loi de 1898 ait eu simplement pour but de consacrer la jurisprudence en organisant une publicité en rapport avec les nécessités de la pratique, cette jurisprudence ne peut être invoquée avec le caractère décisif que nous lui prêtons, que notamment la Cour de Cassation, qui n'a été appelée à statuer qu'une seule fois sur la question, le 13 mars 1888, n'a point eu à se prononcer sur le point de savoir si le nantissement constitué sur un fonds pouvait comprendre les marchandises, parce que dans l'espèce il s'agissait d'un fonds qui n'en

comportait aucune (1). La réponse est facile. Il est vrai que dans l'espèce sur laquelle la Cour Suprême a eu à statuer, il n'y avait point de marchandises mais, tout en s'en référant à la décision de la Cour de Cassation du 13 mars 1888, les travaux préparatoires n'ont point visé ce seul arrêt ; il a été question de la jurisprudence en général et en particulier de celle de la Cour de Cassation ; cette jurisprudence, à deux exceptions près, a déclaré d'une façon constante que le nantissement des fonds de commerce considérés en tant qu'universalités de fait était possible, et d'autre part elle a décidé d'une façon non moins constante chaque fois qu'elle en a eu l'occasion que lorsqu'on envisageait le fonds de commerce comme une universalité de fait, les marchandises faisaient nécessairement partie de cette universalité.

Quant aux travaux préparatoires, dit-on, ils ne prouvent rien parce que M. Thézard, rapporteur au Sénat, ne s'est occupé des marchandises qu'incidemment et en tous cas inconsiderément.

Incidemment, c'est-à-dire que les débats n'ont point porté sur ce point précis et que l'attention du rapporteur n'a point été appelée sur cette question qui avait pourtant une importance capitale.

Inconsiderément, c'est-à-dire que l'argumentation du rapporteur était toute entière basée sur l'arrêt de la

(1) Il s'agissait de l'exploitation d'un hôtel meublé (V. *supra*, n° 28, note 1.)

Cour de Cassation du 13 mars 1888 qui ne l'autorisait nullement à englober les marchandises dans les dispositions de la loi qu'il présentait au Sénat. Nous croyons que ce sont là des critiques injustes adressées au législateur. Si l'honorable rapporteur de la loi au Sénat n'a point fait ressortir les inconvénients qui pourraient résulter de la loi c'est qu'il estimait, et de bons esprits l'ont estimé depuis, que ces inconvénients seraient largement compensés par les avantages que devait en retirer le petit commerce, celui qui débute sans avoir devant lui de grands capitaux ; il a été dit de la façon la plus explicite qu'il y avait un intérêt véritable à rendre pratique le nantissement des fonds de commerce, qu'il était utile qu'un commerçant, dans un moment de crise, pût trouver un moyen de crédit, un moyen de salut peut-être, dans l'engagement de son fonds de commerce » ; c'était indiquer suffisamment que l'on entendait donner au fonds la valeur de crédit la plus considérable à laquelle son propriétaire pouvait prétendre et par conséquent ne point disjoindre un élément tel que les marchandises qui coopérait pour une part appréciable à fixer cette valeur de crédit. Dire enfin que le rapporteur au Sénat avait parlé inconsidérément des marchandises parce qu'il n'en était point question dans l'arrêt sur lequel il appuyait sa démonstration, est aussi une critique exagérée, car, s'il a été fait allusion à cet arrêt de la Cour Suprême, c'était uniquement pour indiquer les inconvénients pratiques que présentait la so-

lution proposée au point de vue de la sauvegarde des droits des tiers.

Enfin, on dit encore qu'il est tout à fait inexact, en droit comme en fait, de soutenir que les marchandises soient un élément indivisible, indispensable et accessoire du fonds de commerce. Qu'importe, répondrons-nous : l'usage est devenu courant d'associer les marchandises au sort du fonds lui-même, et la loi a entendu consacrer cet usage.

94. — La solution que nous préconisons est pourtant très vivement combattue par un système qui, diamétralement opposé au nôtre estime que les marchandises sont en dehors de l'universalité juridique appelée *fonds de commerce* et ne peuvent être données en nantissement qu'en la forme ordinaire.

Les arguments que l'on fait valoir à l'appui de cette opinion sont les suivants :

1^o La loi du 1^{er} mars 1898 a eu pour but, dit-on, de rendre pratiquement possible les nantissements de fonds de commerce et de mettre à la portée du commerçant un nouvel instrument de crédit qu'il n'avait pas auparavant parce que les tribunaux de commerce refusaient de valider de tels nantissements sans qu'il y ait dépossession et que la dépossession était incompatible avec la nature même du fonds de commerce. Mais elle n'avait pas besoin d'innover au droit ancien pour les autres instruments de crédit, tels que les marchandises.

Avant comme après la loi du 1^{er} mars 1898, les marchandises du commerçant peuvent être l'objet d'un nantissement avec tradition du gage et dépossession réelle. Le *warrant* a même été organisé par le législateur pour faciliter cette opération et la rendre plus maniable. Pour les marchandises, il n'existait donc aucune impossibilité pratique, loin de là et le législateur n'avait pas à intervenir.

Nous répondons que le but de la loi du 1^{er} mars 1898 n'est point exactement indiqué dans cet argument. Ce n'est point pour régler un conflit intervenu entre les tribunaux de commerce d'une part et les Cours d'appel et la Cour de cassation d'autre part que le législateur est intervenu, car le dernier mot devait toujours rester aux juges du second degré ou aux juges chargés de veiller à l'exacte application de la loi ; son intervention n'était justifiée comme nous l'avons dit déjà que par cette raison que le nantissement des fonds de commerce étant pratiquement désirable, il convenait de trouver un mode de constitution respectueux à la fois de tous les intérêts en présence ; or le mode proposé par la Cour de Cassation n'apparaissait pas comme procurant une sécurité suffisante aux tiers, celui des tribunaux de commerce était pratiquement inutilisable ; il fallait donc innover en maintenant comme acquis le principe primordial que l'on pouvait constituer un nantissement sur le fonds de commerce, marchandises comprises comme cela était devenu courant. Le war-

rant ne répondait d'ailleurs nullement à ce que l'on désirait, car on voulait laisser le commerçant à la tête de ses affaires avec toute la liberté d'action qu'il n'aurait plus eue s'il n'avait pu obtenir du crédit qu'au prix de sa dépossession des marchandises sur lesquelles il exerçait son trafic.

2° Ce qui prouve encore, dit-on, que le législateur n'a pas modifié l'état de choses ancien pour les marchandises, c'est le texte même de la loi qui parle seulement du nantissement des *fonds de commerce*. Or le mot fonds de commerce est un concept qui, dans le langage usuel, ne comprend pas les marchandises. Dans les contrats de vente, un prix spécial est stipulé pour la vente du fonds comprenant le droit au bail, la clientèle, l'achalandage et le matériel et un prix spécial pour les marchandises.

Nous répondons que cette disjonction n'a pas l'importance qu'on prétend lui attribuer, elle est nécessitée par les dispositions de la loi fiscale, en vertu de laquelle un droit de 2 0/0 est perçu sur la valeur évaluée de la clientèle, du nom, du droit au bail et du matériel, alors que le droit sur les marchandises neuves n'est que de 0,50 0/0 (Loi du 28 février 1872).

3° Mais, dit-on, cette loi fiscale elle-même est la preuve que les marchandises ne sont pas considérées par le législateur comme partie intégrante du fonds, autrement la loi aurait prescrit un taux uniforme pour la mutation.

Cette observation, n'a, à notre sens, aucune portée, car si le législateur a fait bénéficier la mutation des marchandises d'un tarif de faveur moins élevé que le tarif de 2 0/0 appliqué aux ventes mobilières ordinaires, c'est en considération de l'intérêt général du commerce qui exigeait que ces marchandises ne fussent pas grevées de droits qui ne permettraient plus à l'acquéreur du fonds de réaliser par la revente un bénéfice normal et légitime.

4° On ajoute encore que le fonds de commerce ne peut être entendu que comme comprenant tout ce qui donne à l'établissement commercial sa personnalité et la distingue des autres établissements, et que les marchandises n'ont aucun des éléments distinctifs que l'on doit reconnaître à la clientèle, au nom, au droit au bail et au matériel.

Sur ce point il nous suffit de répondre par un renvoi à la doctrine et à la jurisprudence qui, appréciant le fonds de commerce tel qu'on l'envisage dans la pratique, estiment au contraire que les marchandises sont un des éléments constitutifs du fonds. Et en effet, dans tous les commerces où l'on achète pour revendre, c'est-à-dire les plus nombreux, on ne conçoit pas le fonds sans marchandises à offrir aux clients qui se présentent pour acheter.

5° Mais, objecte-t-on, en outre une des conditions essentielles du gage, c'est la *spécification* sans laquelle la porte est ouverte à la fraude. Or la publicité organi-

sée par la loi du 1^{er} mars 1898 ne comporte aucune spécification pour les marchandises, comme elle aurait dû le faire, si elle avait entendu les comprendre dans le nantissement nouveau. Cela est si vrai, dit-on, que la loi du 18 juillet 1898 sur les warrants agricoles, qui a permis le nantissement sur marchandises sans déplacement, a eu bien soin de se mettre en règle avec ce principe essentiel parmi les mesures qu'elle a ordonnées.

Nous ne croyons pas que de ce chef le législateur du 1^{er} mars 1898 mérite d'être bien vivement critiqué. Nous verrons ci-dessous qu'à notre avis le nantissement du fonds de commerce comprenant les marchandises ne peut comprendre que les marchandises en magasin au moment du nantissement ; la spécification serait par conséquent déjà suffisante de ce chef. Mais en outre, nous avons vu que l'écrit qui devait être nécessairement rédigé pour la validité du nantissement à l'égard des tiers, tout au moins lorsque le gage est civil, devait contenir cette spécification (1), et qu'en tous cas les mentions inscrites sur le registre public tenu par le greffier devaient nécessairement porter sur tout ce qui était utile à l'identification de la chose donnée en gage (2).

6° Enfin on fait valoir un argument que l'on prétend

(1) V. *supra*, n° 69.

(2) V. *supra*, n° 78.

tiré de l'équité et qui n'est en réalité qu'une critique très vive des conséquences auxquelles aboutirait notre système. On dit que si l'on admettait le nantissement fictif sur les marchandises, on apporterait une gêne considérable dans les relations commerciales, que ce serait la mort du crédit pour un grand nombre d'industries, parce que le commerçant ne pourrait plus se faire livrer de marchandises par ses fournisseurs qu'au comptant, à raison des dangers que ceux-ci courraient de les voir devenir le gage exclusif du créancier gagiste, que la garantie sur les marchandises, serait pour le créancier gagiste purement illusoire puisque le débiteur pourrait les aliéner sans qu'il puisse élever aucune protestation, que le commerçant lui-même ne tirerait aucun profit du droit qui lui appartiendrait de constituer en gage fictivement ses marchandises avec les autres éléments de son fonds puisque les prêteurs d'argent ne tableraient jamais que sur la valeur du fonds de commerce sans se préoccuper des marchandises dont la garantie était par trop incertaine, qu'ainsi en étendant le nantissement aux marchandises on portait un grave préjudice à l'intérêt des tiers sans rendre aucun service réel ni au créancier gagiste ni au débiteur. Nous convenons volontiers que notre système aurait des conséquences déplorables à ces différents points de vue ; mais si la loi est mauvaise il faut la réformer et non l'interpréter autrement qu'elle doit l'être, et ce n'est point un argument de dire que la loi ne peut être ap-

pliquée dans le sens que nous soutenons parce qu'elle aurait des effets par trop funestes. Ce qui est vrai, nous l'avons dit déjà, c'est que le législateur a été trop vivement séduit par les avantages que le petit commerce devait être appelé à tirer de la réforme, pour en apercevoir tous les inconvénients.

95. — Mais il ne suffit point de dire que le nantissement pourra porter fictivement sur les marchandises en vertu de la loi du 1^{er} mars 1898, il faut encore dire quelles marchandises pourront être ainsi engagées.

A cet égard, dans l'opinion que nous avons combattue, on paraît croire que si le nantissement était possible sur les marchandises il engagerait non seulement les marchandises dont le commerçant dispose au jour du nantissement, mais encore celles qui pourront être créées ou achetées dans l'avenir (1). Rien n'est moins exact à notre avis. Suivant nous, le nantissement ne peut dans tous les cas porter que sur les marchandises présentes et il est impossible qu'il porte sur les marchandises à venir, car, ainsi que nous l'avons vu, pour pouvoir valablement donner en gage une chose, la première des conditions est d'en être propriétaire.

En vertu de ce principe, on doit considérer comme soumises au nantissement lorsqu'il porte sur toutes les

(1) V. en ce sens : Montier, *Des nantiss. de fonds de commerce*, n^o 50 et s., p. 34 et s.

marchandises, les marchandises qui sont en magasin au jour du contrat et toutes celles qui, sans être dans le magasin sont à la disposition du constituant, par exemple celles qui voyagent à ses risques et périls, car en ce cas il y a eu au préalable une livraison qui a identifié la propriété du constituant, ou celles qui sont en dépôt chez un tiers.

96. — Mais, objectera-t-on peut-être, comment pourra-t-on distinguer les marchandises qui sont comprises dans le nantissement de celles qui, acquises ou créées seulement postérieurement en sont exclues? C'est là une question de preuve, qui n'est pas de nature à rendre pratiquement inapplicable notre système. Ce sera au créancier gagiste à prouver l'étendue du gage sur lequel porte sa créance. Pour cela, il fera bien, si un acte est rédigé, de veiller à ce que l'énumération et l'identité des marchandises données en gage, soit bien établie, il fera bien de veiller à ce que l'inscription au greffe relate les énonciations de l'acte qui sans cela seraient inopposables aux tiers, il fera bien enfin si l'individualisation, malgré toutes ces précautions n'était pas suffisante, comme le cas pourrait se présenter pour un commerçant qui se fournit d'articles toujours semblables ou qui en fabrique, de spécialiser l'objet de son gage par l'apposition d'une marque distincte qui sera révélée aux tiers dans l'inscription requise au greffe.

Il ne paralysera pas du tout le commerçant puisque

celui-ci demeuré propriétaire a par là même conservé le droit de vendre.

97. — Dans une autre circonstance, au contraire, nous pensons que la charge de la preuve n'incomberait pas au créancier gagiste. Voici l'hypothèse : supposons que le vendeur de marchandises comprises dans le nantissement n'ayant point été payé invoque son privilège sur le prix ; il s'agit de régler la question du concours entre créanciers privilégiés que nous étudierons plus loin ; mais dès à présent nous devons indiquer que le créancier gagiste sera préféré au vendeur s'il a ignoré au moment du nantissement que le prix fut encore dû, et c'est au vendeur qu'il incombe de prouver que le créancier gagiste savait ou a dû savoir que le prix n'avait point été payé.

98. — *Matériel et outillage.* — En ce qui concerne le matériel ou l'outillage, ils font aussi partie des éléments du fonds susceptibles d'être constitués en gage en même temps que ceux-ci par le procédé créé par la loi du 1^{er} mars 1898.

Cette solution s'impose avec plus de nécessité encore que pour les marchandises (1), car si les marchandises sont un élément sans lequel le fonds créé pour vendre

(1) Un auteur qui refuse de comprendre les marchandises dans les choses qui constituent le fonds, y comprend au contraire le matériel. V. Montier, *Des nantiss. de fonds de com.*, n^o 43. p. 28.

ne se conçoit pas, cela est plus vrai encore de l'outillage destiné à la création des marchandises qui seront mises en vente et du matériel nécessaire pour vendre.

Les arguments que l'on peut faire valoir en faveur de cette solution sont d'ailleurs à peu près les mêmes que ceux que nous avons déjà opposés pour les marchandises. La Jurisprudence suivant la pratique commerciale a toujours considéré que le matériel et l'outillage faisaient partie des éléments corporels composant le fonds, et la loi du 1^{er} mars a entendu consacrer ces principes sans y apporter aucune modification autre qu'un autre mode de publicité.

99. — *Créances actives et passives.* — On a proposé encore outre les différents éléments que nous venons d'indiquer, de comprendre parmi les choses qui sont soumises au nantissement organisé par la loi du 1^{er} mars 1898 les créances actives et passives du fonds (1).

Pour soutenir cette opinion, on s'appuie sur les travaux préparatoires, au cours desquels le législateur a déclaré qu'il entendait donner *droit de cité au fonds de commerce parmi les universalités de droit*, et a formellement comparé le fonds de commerce à l'hérédité. Le fonds de commerce apparaît, dit-on, depuis la loi nouvelle, comme un patrimoine spécial dans le pa-

(1) V. Magnin, *Essai sur le nant. des fonds de com.*, nos 9 et s., p. 20 et s.

trimoine du commerçant ayant sinon une personnalité civile distincte du moins des droits et des obligations propres.

Nous avons déjà exposé plus haut pourquoi cette opinion ne nous semblait pas fondée (1). Il est évident que la loi nouvelle ne peut avoir apporté une modification aussi formelle aux principes du Code civil sans s'en expliquer d'une manière formelle, principes en vertu desquels chacun répond sur tout son patrimoine de ses dettes. Le patrimoine est un, il est le gage en même temps de tous les créanciers (art. 2092 du Code civ.), il est soumis à une loi unique qui est la loi générale applicable à l'ensemble des biens du commerçant (2).

Comment pourrait-on admettre qu'en édictant une disposition applicable uniquement à une matière spéciale, le nantissement, la loi du 1^{er} mars 1898 ait eu pour effet d'apporter une exception formelle à ce principe ; il faudrait tout au moins admettre auparavant que cette prétendue universalité de droit existe au point de vue de la transmission de la propriété et que la cession d'un fonds de commerce emporte la cession des créances et des dettes nées de son exploitation. Personne n'oserait soutenir qu'une pareille théorie soit applicable dans notre droit qui repousse complètement le principe de la transmission à titre particulier, sinon des créances,

(1) V. *supra*, n° 29.

(2) V. en ce sens : Charles Simon, *Le fonds de commerce*, p. 25 et s.

du moins des dettes. La convention serait même impuissante à réaliser une semblable opération. Si, en effet, il est licite qu'un commerçant, acquérant un fonds de commerce se charge de l'actif et du passif de son cédant, cette convention n'a aucun effet vis-à-vis des tiers à l'égard desquels elle est *res inter alios acta*; ceux-ci n'en demeurent pas moins créanciers ou débiteurs du cédant personnellement en dehors d'une novation par changement de débiteur (délégation parfaite ou expromission) (1), ou d'une cession régulière de créance. Telle est la théorie qui se dégage du principe de la personnalité des dettes qui a passé du droit romain dans son droit (2).

(1) Cette novation n'aurait d'ailleurs pas pour effet de transmettre la créance passive, mais bien de l'éteindre pour en faire naître une autre (arg. art. 1280 du Code civ.). Les créanciers du cédant pourraient cependant se prévaloir du contrat de cession à l'encontre du cessionnaire, comme constituant à leur profit une stipulation pour autrui (art. 1121 du Code civ.), mais il n'y aurait point un débiteur venant se substituer à un autre, mais bien un nouveau débiteur s'engageant après le débiteur primitif.

(2) Dans certaines législations étrangères on admet au contraire le principe de la transmission à titre particulier des dettes, s'opérant par une convention entre le débiteur ancien et le débiteur nouveau.

En Allemagne, le Code civil promulgué le 18 août 1896 accepte cette théorie (V. Gaudemet, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, p. 429 et s.) Elle a passé également dans le Code de Commerce, promulgué en 1897 qui consacre, en matière de transmission, même à titre particulier, des fonds de commerce le principe que sauf convention contraire le cessionnaire répond de toutes les obligations contractées par le précédent propriétaire à l'occasion de l'exploitation du fonds, à moins de convention contraire entre le cédant et le ces-

Concluons de là que les créances actives ou passives ne font pas partie de l'universalité créée par la loi nouvelle (1) qui n'est en réalité qu'une universalité de fait, c'est au surplus en ce sens que la doctrine unanime des auteurs s'était fixée avant la loi du 1^{er} mars 1898.

100. — La même raison qui vient de nous faire écarter les créances des choses comprises dans le nantissement du fonds nous permet d'écarter aussi les marchés à livrer c'est-à-dire les marchés à terme dans lesquels le commerçant, qui constitue le gage, s'est porté acquéreur à terme de marchandises qui doivent lui être livrées à des échéances déterminées par la convention. Il n'est point dès à présent propriétaire de ces marchandises, il est seulement créancier du droit d'en exiger la livraison, c'est donc une simple créance qui est dans son patrimoine (2).

101. — *Marques, modèles et dessins de fabrique. — Brevets d'invention.* — Il arrive parfois que dans les commerces ou industries qui créent des produits pour les vendre, des marques, dessins ou mo-

sionnaire. Mais il convient d'observer que, même dans cette théorie le cédant reste tenu vis-à-vis des créanciers pendant cinq années. V. Magnin, *Essai sur le nantiss. des fonds de com.* (n° 12, p. 25).

(1) V. en ce sens : Montier, *Des nantiss. de fonds de commerce*, p. 44 et 46, p. 27 et s.

(2) Voir en ce sens : Montier, *Des nantiss. de fonds de commerce*, n° 47, p. 29.

dèles de fabrique, qu des brevets d'invention soient attachés à l'exploitation commerciale du fonds et puissent être considérés comme faisant partie de cette universalité de fait qu'on appelle le fonds de commerce à raison de l'intérêt qu'il y a à ne point les séparer du fonds.

En ce qui concerne les brevets d'invention, on a admis, avant la loi nouvelle, qu'ils pouvaient faire l'objet d'un nantissement (1), mais pour que ce nantissement soit valablement constitué à l'égard des tiers il faut qu'un écrit soit rédigé (art. 2074 Code civ.) et que le titre constatant l'existence du brevet soit remis au créancier gagiste (2). Nous pensons que depuis la loi du 1^{er} mars 1898 ils peuvent être constitués valable-

(1) V. en ce sens, Paris 29 août 1865 (S. 1865. 2, 24, D. 1865, 2, 231); Sic : Renouard, *Brev. d'inv.*, n° 243 ; Baudry Lacantinerie et de Loynes, *Du nantiss., des privil. et hypoth.*, n° 66 et 78 ; Allart, *Brev. d'inv.*, t. II, n° 166 ; Guillouard, *Nantiss.*, n° 51 ; Aubry et Rau, t. IV, § 432, p. 700 ; P. Pont, *Petits contrats*, t. II, n° 1103 ; Picard et Olin, *Brev. d'invent.*, n° 440.

(2) Ces formalités sont généralement considérées comme suffisantes ; il n'est besoin ni d'une signification en exécution de l'art. 2075 C. civ. comme s'il s'agissait d'une créance ni de l'enregistrement à la préfecture, en conformité de l'art. 20 de la loi du 5 juillet 1844, lequel n'a trait qu'à la cession totale ou partielle du brevet. — V. en ce sens : Paris, 29 août 1865 précité ; sic : Guillouard, loc. cit. ; Aubry et Rau, loc. cit., p. 705 ; Laurent, t. XXVIII, n° 465 ; Baudry Lacantinerie et de Loynes, loc. cit. ; Pouillet, *Brev. d'inv.*, n° 201 ; Lyon-Caen et Renault, *T. de dr. comm.*, t. III, n° 283 ; Allard, *Brev. d'invent.*, t. II, n° 199. — Voir cependant *contra* : Lesenne, *Brev. d'inv. et droits d'auteurs*, n° 271.

ment en nantissement en même temps que le fonds en observant la seule formalité de l'inscription au greffe (1). La nécessité de ne point séparer les brevets du fonds où ils sont exploités est évidente ; ces brevets donnent en effet au fonds le droit exclusif à fabriquer certains produits, le matériel et l'outillage du commerçant sont appropriés à cette fabrication ; l'achalandage ne serait plus rien sans le droit de vendre aux clients les objets qu'ils sont habitués à trouver là. Il serait contraire au bon sens et à l'intérêt bien entendu du commerçant de les disjoindre.

Il va sans dire que la mise en gage des brevets d'invention avec le fonds ne conférerait pas au créancier gagiste le droit d'exploitation desdits brevets, elle aurait seulement pour effet d'éviter la disjonction de cet élément pour le cas où le fonds viendrait à être mis en vente à défaut de remboursement du créancier. Nous pensons même que le créancier gagiste qui exploiterait les brevets pour son compte devrait être réputé contre-facteur (2).

En ce qui concerne les dessins et modèles de fabrication, il faut admettre aussi la possibilité de les constituer en gage (3). Mais on a soutenu que le fabricant

(1) V. en ce sens : Montier, *Des nant. de fonds de com.*, n° 45, p. 28.

(2) Sic : Renouard, *Brev. d'inv.*, n° 243 ; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.* Verbis contrefaçon, n° 57, et *Brev. d'inv.*, n° 360.

(3) V. en ce sens : Philippon, *Tr. théor. et prat. de la propr. des dessins et modèles industriels*, p. 123.

devait se déposséder des esquisses, cartes, moules ou planches à l'aide desquels il peut fabriquer, ce qui enlèverait tout caractère pratique à ce nantissement, puisque le constituant, se dépossédant d'un matériel nécessaire à la fabrication, se mettait dans l'impossibilité de continuer son exploitation, tandis que le créancier serait nanti d'un droit d'exploitation qui resterait improductif entre ses mains. Nous pensons que, comme pour les brevets d'invention, depuis la loi du 1^{er} mars 1898 les dessins et modèles de fabrique peuvent être valablement constitués en nantissement en même temps que le fonds par le moyen de l'inscription au greffe du tribunal de commerce, sans autre formalité (1). Ils doivent en effet être considérés comme faisant partie du fonds, comme attachés à la fabrique, et la propriété des dessins et modèles suit généralement les vicissitudes de transmission qui suit le fonds lui-même (2).

Il y a là même intérêt à ne point les disjoindre, que pour les brevets d'invention.

Pour les marques, l'intérêt pratique qu'il y a à ne

(1) V. en ce sens : Montier, *Des nantiss. de fonds de commerce*, n° 45, p. 28.

(2) On reconnaît généralement que lorsqu'une vente de fonds de commerce en bloc n'a point mentionné expressément les dessins et modèles exploités par le cédant, elle comprend cependant les dessins et modèles que le cédant ne s'est pas réservés. V. en ce sens : Trib. corr. Seine, 4 décembre 1867 (*Ann. prop. ind.* 1868, p. 36) ; sic : Pouillet, *Dessins et mod. de fabr.* n° 107 ; Philippon, *Tr. théor. et prat. dessins et modèles industr.* p. 125.

point les séparer du fonds où l'on fabrique les objets qui en sont revêtus est encore plus évident que pour les brevets d'invention, les dessins ou les modèles de fabrique. Lorsque la marque a donné lieu à un usage prolongé, elle s'identifie par là même, dans l'esprit des consommateurs avec les produits de son propriétaire, elle est devenue un accessoire inséparable de l'établissement au même titre que le nom ou l'enseigne. Aussi doit-on reconnaître qu'elle peut être constituée en nantissement en même temps que le fonds par l'inscription sur le registre spécial prescrit par la loi du 1^{er} mars 1898 (1).

SECTION V

EFFETS DU NANTISSEMENT.

102. — Le nantissement du fonds de commerce produit depuis la loi du 1^{er} mars 1898 des effets quelque peu différents du nantissement des choses incorporelles en

(1) On reconnaît généralement que la vente d'un fonds de commerce emporte pour l'acheteur, à moins de stipulation contraire, le droit de faire usage de la marque. — V. en ce sens : Paris, 13 juin 1854 (Teulet, 1854, 3, 405) ; sic : Pouillet, *Trib. des marques de fabr.*, n^o 98 ; Rendu, *Trib. pratique des marques de fabr.*, n^o 100 ; Blanc, *De la contrefaçon*, p. 723 ; Couhin, *Propriété indus.*, t. III, p. 110.

général et il convient d'examiner ces effets successivement au point de vue des obligations du débiteur, des droits du débiteur et de ceux du créancier.

§ 1^{er}. — Obligations du débiteur. — Obligation de conserver le fonds et de veiller à sa conservation pour le compte du créancier.

103. — Dans le droit commun, le débiteur remet la possession précaire de la chose au créancier, en en conservant la propriété (art. 2079 Code civ.). La chose n'est, pour employer l'expression quelque peu impropre de l'article 2079, entre les mains du créancier qu'un *dépôt*. De là l'obligation pour celui-ci de veiller à sa conservation ; il doit apporter à cette surveillance les soins d'un bon père de famille, et répond de la perte ou détérioration survenue par sa négligence (art. 2080 Code civ.) (1), à peine de dommages-intérêts.

L'obligation de conserver la chose est sanctionnée

(1) Mais on reconnaît généralement que dans le dépôt la responsabilité du dépositaire doit s'apprécier d'après le type du bon père de famille pris *in concreto* (arg. art. 927 Code civ.) — Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, § 348, p. 399 ; Aubry et Rau, t. IV, § 308, p. 401, notes 28 et s. ; Larombière, *oblig. sur l'art. 1137*, n. 6 et s. ; Laurent, t. XVI, n° 223 ; Guillouard, *Dépôt*, n° 47 ; tandis que la responsabilité du créancier gagiste doit s'apprécier d'après le type du bon père de famille pris *in abstracto* : P. Pont, *Petits contrats*, t. II, n° 4172 ; Guillouard, *Nantiss.*, n° 188 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantiss., des priv. et hypoth.*, n° 137 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, § 781, p. 444, note 1 ; Aubry et Rau, t. IV, § 433, p. 714 ; Lau-

en outre par la responsabilité pénale du créancier gagiste ; s'il vient à la détourner ou à la dissiper, il commet le délit d'abus de confiance (art. 408 Code pén.).

Que devient cette obligation de conserver avec la loi du 1^{er} mars 1898 ?

Il va de soi que le créancier ne recevant plus la détention effective de la chose, ne peut plus être tenu à aucune obligation ni responsabilité à raison de cette détention qui n'est plus que fictive. Mais les rôles assignés à chaque partie par le droit commun étant renversés en notre matière, c'est le débiteur qui est tenu de conserver la chose, c'est-à-dire le fonds, à la garantie du remboursement de la créance et de veiller à sa conservation ; il faut dire qu'il détient pour le compte du créancier (1). La situation diffère quelque peu à ce point de vue de celle du débiteur hypothécaire qui conserve sur sa chose tous les droits du propriétaire et du possesseur avec cette seule restriction que le créancier peut lui demander le remboursement immédiat si par son fait il vient à mettre sa sûreté en péril (art. 1188 Code civ.).

104. — Cette obligation de veiller à la conservation du fonds emporte à la charge du débiteur les devoirs

rent, t. XXVIII, n° 524 ; et *contra* : Zachariæ, Massé et Vergé, t. V, § 781, p. 111, note 1.

(1) V. en ce sens : Montier, *Des nantiss. de fonds de commerce*, n° 123 et s., p. 94 et s.

suivants : Il doit gérer le fonds comme un bon administrateur, s'abstenir par suite de tous actes qui pourraient en amener la dépréciation ou le démembrement ; à plus forte raison il ne peut l'aliéner en son ensemble dans des conditions qui seraient de nature à porter préjudice aux droits du créancier.

105. — Il reste à nous demander comment cette obligation est sanctionnée ?

Pour cela il suffit de rappeler les principes du droit commun : l'obligation de veiller à la conservation de la chose est une obligation à la fois de faire et de ne pas faire, elle se résout en dommages-intérêts (art. 1142, Code civ.), mais tout autant seulement que cet inexécution constitue de la part du débiteur une faute (art. 1147 et s., Code civ.) et a entraîné pour le créancier un préjudice (art. 1147, Code civ.) (1).

106. — Mais alors il faut se demander comment devra être appréciée la faute du débiteur dans notre cas

(1) Il faut toujours pouvoir justifier d'un préjudice pour intenter une action en dommages-intérêts, puisqu'en l'absence de tout dommage le demandeur n'aurait aucun intérêt. On ne pourrait pas dans notre cas spécial, argumenter en sens contraire en invoquant l'article 1145 du Code civil aux termes duquel : « Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages-intérêts par le seul fait de la contravention. » Cette disposition doit être entendue seulement en ce sens que le créancier a droit à des dommages-intérêts en dehors de toute mise en demeure.

spécial ? Quelle est l'étendue des soins qu'il doit apporter à la conservation du fonds ?

Nous avons dit plus haut que le débiteur détenant pour le compte du créancier pouvait être comparé à un dépositaire ; ce rapprochement n'est que lointain et particulièrement au point de vue de l'appréciation de la responsabilité nous pensons qu'il est inexact et que l'on doit se montrer plus sévère vis à vis du débiteur détenant le fonds que vis à vis du dépositaire. Si en effet, suivant la doctrine romaine, le dépositaire est tenu seulement de sa *culpa levis in concreto*, c'est qu'il rend un service désintéressé au déposant, il n'en retire aucun profit personnel ; on ne peut pas dire la même chose du débiteur qui engage son fonds ; il reçoit au même moment, ou bien il a reçu auparavant une prestation qui enlève tout caractère de désintéressement à sa possession,

Il faut donc dire que le débiteur sera tenu de sa *culpa levis in abstracto*, et rentrer ainsi purement et simplement dans l'application du droit commun (art. 1137 Code civ.). Aux termes de cette disposition l'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent. »

Ainsi, en principe, le débiteur, en tant que tenu de veiller à la conservation de la chose est responsable de la faute que ne commettrait pas un bon père de famille, c'est-à-dire un propriétaire soigneux et diligent, il répond de la faute que les commentateurs du droit romain appellent *culpa levis in abstracto*. Mais la partie finale de l'article 1137 nous annonce que cette règle reçoit quelques tempéraments relativement à certains contrats, ces contrats sont le dépôt (art. 1927 Code civ.) et le mandat non salarié (art. 1992 Code civ.). Ces exceptions sont limitatives et notre hypothèse ne peut y rentrer. D'où il faut conclure que la loi du 1^{er} mars 1898 étant restée muette relativement à une nouvelle exception à apporter à la règle générale, celle-ci s'applique en ce qui concerne l'obligation de veiller à la conservation du fonds désormais à la charge du débiteur.

107. — Mais là n'est point la seule sanction civile à laquelle le débiteur, détenant le fonds s'expose au cas où par sa mauvaise administration il n'assure d'une façon complète la sauvegarde des droits du créancier. Celui-ci ne lui a accordé crédit, n'a suivi sa foi qu'en considération de la sûreté qui lui était fournie et par conséquent sous la condition implicite que le débiteur ne la diminuerait pas et ne la ferait point disparaître ; le créancier a donc le droit d'invoquer la déchéance du bénéfice du terme et d'user immédiatement des droits que

lui accorde la loi pour se faire payer dès que son gage est en péril (art. 1188 Code civ.).

Le créancier peut enfin, si le débiteur a accompli son acte en fraude de ses droits, par exemple s'il a aliéné tout ou partie du fonds pour créer ou augmenter son insolvabilité, exercer l'action paulienne, sous la condition de rapporter les preuves que la loi met à sa charge (art. 1167 Code civ.).

108. — Au point de vue pénal, la responsabilité du débiteur peut-elle se trouver engagée ? La question est très délicate.

L'article 408 du Code pénal punit comme coupable d'abus de confiance « quiconque aura détourné ou dissipé au préjudice des propriétaires, possesseurs ou débiteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge qui ne lui auraient été remis qu'à titre de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage, ou pour un travail salarié ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé ».

On a soutenu que cette disposition pouvait être appliquée au débiteur qui détient le fonds au profit du créancier gagiste (1). Nous n'hésitons pas à repousser cette opinion.

(1) V. en ce sens : Montier, *Des nant. de fonds de com.*, n° 426 et s.

La loi pénale doit en effet être interprétée strictivement et les auteurs comme la doctrine ont toujours appliqué ce principe spécialement en matière d'abus de confiance. Or, des termes mêmes de l'article 408 du Code pénal, il résulte que pour qu'il y ait abus de confiance il est nécessaire : 1° Que le prévenu ait dissipé ou détourné les objets confiés ; 2° que le détournement ait eu lieu au préjudice des propriétaires possesseurs ou détenteurs ; 3° que les objets confiés soient des effets, deniers, marchandises, billets, quittances, ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge ; 4° que ces objets aient été remis volontairement au prévenu à un des titres expressément prévus par la loi. Les trois premières conditions sont réalisées lorsque le débiteur ayant constitué son fonds en gage détourne ou dissipe des objets faisant partie du fonds ; on peut bien dire en effet qu'il y a détournement au préjudice du détenteur, puisque le créancier, nous l'avons vu, doit être considéré comme un détenteur fictif. Mais la quatrième condition, remise volontaire au prévenu à titre de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement de prêt à usage, ou pour un travail salarié ou non salarié, n'est assurément point remplie dans notre cas. Il est impossible de dire que le débiteur ait reçu la chose à titre de nantissement, puisqu'au contraire c'est lui qui a constitué le nantissement ; il nous semble difficile aussi de dire qu'il l'ait reçue à titre de dépôt ou à titre de mandat, car il n'est point un dépositaire.

taire, nous l'avons dit déjà, il n'est point non plus un mandataire, car d'une part il n'est intervenu aucune convention spéciale à ce sujet entre les parties et d'autre part on ne peut admettre la théorie d'un mandat tacite résultant de la loi, dans son silence à cet égard.

En outre, et c'est là un argument qui est, à notre avis, sans réplique, bien que le texte de l'article 408 du Code pénal ne le dise pas, il est dans l'esprit de cette disposition que le détournement ou la dissipation coupables doivent porter sur la chose d'autrui ; on ne commet pas de délit lorsqu'on détourne ou dissipe sa propre chose. Pour combattre cet argument, on a soutenu que le propriétaire d'un fonds de commerce donné en nantissement ne peut être considéré comme un simple propriétaire qui a sur sa chose le *jus abutendi* ; le créancier seul, dit-on, aurait ce droit de disposition, de telle sorte que le débiteur n'aurait plus sur sa chose qu'une possession judiciaire comparable à celle du dépositaire. Cette réponse est manifestement erronée. Nous verrons *infra*, en étudiant les droits qui appartiennent au débiteur que celui-ci, demeuré propriétaire de son fonds, conserve le droit de l'aliéner ; c'est là une règle du droit commun à laquelle il est manifeste que la loi du 1^{er} mars 1898 n'a point entendu déroger ; le *jus abutendi* reste donc complet pour le débiteur, à charge par lui, bien entendu, d'assurer la sauvegarde des intérêts du créancier gagiste.

Enfin, on peut tirer argument en faveur de notre opinion de la loi du 18 juillet 1898 sur les warrants agricoles (art. 13). Cette loi, comme celle du 1^{er} mars 1898, a créé un cas de gage sans déplacement de la chose : le propriétaire de récoltes, empruntant sur ces récoltes, en conserve la détention ; mais le législateur voulant que sa responsabilité pénale put être engagée en cas de dissipation ou de détérioration volontaire a édicté une disposition particulière à cet égard qui constitue l'article 13 : « Tout agriculteur convaincu d'avoir dissipé ou volontairement détérioré, au préjudice de son créancier, le gage de celui-ci, sera poursuivi correctionnellement comme coupable d'abus de confiance et puni conformément aux articles 406 et 408 du Code pénal, sans préjudice de l'article 463 du Code pénal. » Si le législateur a estimé qu'une disposition spéciale était nécessaire pour engager la responsabilité pénale de l'agriculteur, c'est qu'il jugeait apparemment que la disposition de l'article 408 du Code pénal était insuffisante pour cela ; elle doit donc être aussi déclarée insuffisante pour engager la responsabilité pénale du propriétaire d'un fonds de commerce. Vainement objecterait-on qu'au cours des travaux préparatoires de la loi du 18 juillet 1898, le rapporteur de la loi à la Chambre des Députés, s'expliquant sur l'article 13 aurait déclaré que la disposition proposée n'était qu'une application pure et simple du droit commun puisque l'emprunteur *détenait pour le compte* du prêteur dont il était en

quelque sorte le *mandataire dépositaire*, mais qu'il convenait néanmoins de préciser pour ne laisser aucun doute à cet égard (1). Cette opinion n'a que la valeur d'une opinion personnelle qu'il est permis de ne pas partager, et pour notre part nous nous sommes convaincus qu'en l'absence de l'article 13, l'article 408 du Code pénal ne pourrait pas être appliqué au gage sans déplacement des récoltes, pour les raisons que nous avons déjà développées ci-dessus pour le gage du fonds de commerce.

109. — Quant aux autres obligations que le droit commun met à la charge du débiteur, obligation de tenir compte au créancier des dépenses utiles et nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation du gage (art. 2080 § 2 du Code civ.), obligation d'abandonner les intérêts au créancier lorsque le gage porte sur une créance (art. 2081) elles se rattachent au principe que le créancier détient matériellement l'objet du gage et ne peuvent par suite être mises à la charge du débiteur qui a constitué en gage son fonds de commerce, dans les conditions où il était autorisé à le faire par la loi du 1^{er} mars 1898.

(1) V. rapport de M. Chastenet à la Chambre des Députés le 3 décembre 1897, Annexe 2869, *Journal Officiel* du 3 mars 1898, p. 247.

§ II. — Droits du débiteur.

110. — Les droits que la loi confère au débiteur dans le droit commun, sont :

1° Le droit de demander la restitution du gage avant le paiement de la dette au cas où le créancier vient à en abuser (art. 2082) ;

2° Le droit de demander la restitution du gage après le paiement intégral de la créance à la sûreté de laquelle il était affecté, en principale et accessoire (art. 2082) ;

3° Le droit d'aliéner la chose donnée en gage, sauf bien entendu les droits du créancier gagiste, c'est-à-dire que l'acheteur ne pourra exiger la délivrance qu'à la charge de désintéresser complètement le créancier gagiste auquel il devra payer son prix jusqu'à concurrence du montant de sa créance en principal et accessoire.

111. — Les deux premiers de ces droits découlent du principe que le débiteur tout en conservant la propriété de sa chose en abandonne la détention matérielle au créancier. Ils n'ont donc plus aucune raison d'être en matière de nantissement de fonds de commerce, depuis la loi du 1^{er} mars 1898 puisque le débiteur conserve la détention matérielle du fonds. Il ne peut pas y avoir

abus du gage par le créancier, puisque celui-ci ne détient pas le fonds, il ne peut pas non plus y avoir restitution du gage en cas de paiement de la créance, pour la même raison.

112. — Toutefois, dans cette dernière hypothèse, paiement intégral de la créance, c'est-à-dire extinction de la créance et par voie de conséquence du nantissement, si le créancier n'a rien à restituer, il doit du moins consentir à ce que son débiteur soit remis dans la situation où il était avant le nantissement, c'est-à-dire qu'il doit consentir à la radiation de l'inscription prise au greffe du tribunal de commerce, radiation qui, seule, est susceptible de redonner au fonds la valeur de crédit qu'il avait perdue par son affectation.

Nous verrons *infra*, n° 180, que bien que la loi du 1^{er} mars 1898 soit restée absolument muette sur cette importante question, il y a lieu de dire que le greffier peut être contraint à opérer la radiation dans les conditions que nous indiquerons. Il n'est pas possible en effet que l'inscription subsiste dès lors que le nantissement est éteint et il n'y a pas d'autre moyen de la faire disparaître à l'égard des tiers que d'en ordonner la radiation sur le registre même où elle a eu lieu.

113. — Le créancier n'étant point tenu d'une obligation de restituer, il ne peut être question d'appliquer en

notre matière les dispositions des articles 2081 et 2082, § 2, du Code civil.

Aux termes de l'article 2081 si la chose donnée en gage est une créance productive d'intérêts le créancier impute sur ces intérêts ce qui lui est dû en intérêts d'abord, sinon en capital. En admettant que le fonds de commerce donné en gage comporte des créances productives d'intérêts, ces créances demeurant entre les mains du propriétaire du fonds, c'est lui qui en touche les intérêts, et il n'est point obligé de les remettre au créancier gagiste pour qu'il les impute ainsi qu'il est dit par notre disposition.

Aux termes de l'article 2082, § 2, le créancier gagiste n'est point tenu de restituer l'objet engagé s'il est créancier du même débiteur pour une autre obligation contractée par celui-ci postérieurement à la mise en gage et devenue exigible avant le paiement de la première dette; il peut retenir la chose engagée jusqu'au moment où il sera remboursé de l'une et de l'autre dette. C'est ce que l'on appelle dans la doctrine une hypothèse de *gage tacite*, c'est-à-dire qu'on présume l'existence entre les parties d'un accord tacite de volontés permettant au créancier gagiste d'exercer son droit de rétention tant qu'il n'est pas remboursé de tout ce qui lui est dû (1). Si, suivant cette théorie le droit conféré

(1) On décide généralement que le droit conféré par l'art. 2082, § 2, Code civ. ne constitue qu'un simple droit de rétention et ne confère point au créancier gagiste un véritable privilège pour le rembourse-

par l'article 2082, § 2, au créancier gagiste n'est qu'un corollaire de son droit de rétention, cette disposition ne peut trouver aucune application en notre matière du nantissement portant sur un fonds de commerce. Au surplus il y a encore une autre raison péremptoire pour que le gage tacite ne puisse être admis pour les fonds de commerce : le législateur de 1898 a prescrit une inscription destinée à faire connaître aux tiers la valeur de crédit qu'il fallait attacher aux fonds, il n'est pas admissible que les tiers puissent être trompés sur l'étendue du gage conféré au créancier ; l'inscription doit contenir le montant de la créance pour laquelle elle a été prise et le créancier ne peut rien prétendre au delà (1).

114. — Quant au droit pour le débiteur de disposer de son fonds à titre gratuit ou à titre onéreux il ne peut point lui être dénié puisqu'il en a conservé la propriété (art. 2079 du Code civ.). Cette aliénation est possible pour le débiteur lorsque le nantissement porte sur tout

ment de sa nouvelle créance : Laurent, t. XXVIII, n° 508 ; Duranton, t. XVIII, n° 567 ; Aubry et Rau, t. IV, § 434, p. 711 ; Guillouard, *Nantiss.*, n° 157 ; Colmet de Santerre, t. VIII, n° 313 bis, IV ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, § 780, note 7, p. 109 ; Thézard, *Privil. et hypoth.*, n° 15 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss., privil. hypoth.*, t. I, n° 109 et s., p. 82 et s. — V. cependant *contra* : Mourlon, *Examen critique du comment. de Troplong sur les privil. et hyp.* t. I, n° 227 ; Pont, *Petits contrats*, t. II, n° 1199 ; Beudant, *Cours de Droit civ. fr., sûretés person. et réelles*, t. I, n° 209, p. 183.

(1) V. dans le même sens : Montier, *Des nantiss. de fonds de com.*, n° 104 et s., p. 74 et s.

autre objet (1), on ne voit pas pourquoi elle ne serait pas possible dans notre hypothèse spéciale.

Cette opinion a pourtant été combattue. On a dit (2) que le créancier gagiste avait strictement le droit de faire annuler la vente, parce qu'il a la possession fictive du fonds, et que lui seul peut en disposer à l'exclusion du débiteur qui n'en est plus que le détenteur à titre précaire. Cette théorie est absolument inadmissible ; elle ne tendrait à rien moins qu'à créer dans la loi une exception, qu'aucun texte n'autorise, au principe que le propriétaire est libre en principe d'aliéner sa chose ; elle reviendrait à dire que la constitution en gage du fonds de commerce est une main-mise du créancier sur une fraction du patrimoine du débiteur comparable à la main-mise résultant d'une saisie.

La réputation de cette opinion est d'ailleurs assez facile et il est aisé de démontrer que l'obligation que nous avons reconnue à la charge du débiteur de veiller à la conservation du fonds au profit du créancier n'emporte pas nécessairement comme conséquence l'interdiction pour le débiteur de l'aliéner. Cette obligation ne peut en effet être entendue que comme une obligation de conserver au gage la valeur qui permettra de

(1) V. en ce sens : Troplong, *Nantiss.*, n° 418 ; Guillouard, *Nantiss.*, n° 441 ; P. Pont, *Pet. contr.*, t. II, n° 4469 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss., privil. et hypoth.*, n° 99 ; Beudant, *Cours de Droit civ. français, sûretés personnelles et réelles*, t. I, n° 195, p. 174.

(2) V. Montier, *Nantiss. des fonds de com.*, n° 140, p. 80.

désintéresser le créancier. Il ne faut point oublier, en effet, qu'il ne s'agit pas d'une obligation de conserver qui doit être suivie d'une livraison comme s'il s'agissait d'une obligation de donner, or il est des hypothèses où une vente est précisément de nature à garantir au créancier son remboursement : il suffit de supposer que le débiteur trouve un acheteur de son fonds à un prix très avantageux permettant de rembourser le créancier qui sans cela ne l'aurait peut-être jamais été. Pourquoi le débiteur ne pourrait-il pas faire cela, pourquoi devrait-on reconnaître au créancier le droit de faire prononcer la nullité de la vente en ce cas comme émanant d'une personne n'ayant pas qualité pour le faire ; pourquoi mettre le débiteur à la merci d'un créancier peut-être malveillant ou qui comprenant mal son intérêt aura le droit de s'opposer à cette opération avantageuse pour le débiteur comme pour lui ? Nous n'en voyons pas la raison. Ce serait d'ailleurs précisément contraire aux vœux du législateur qui en prohibant le pacte commissaire a voulu nettement indiquer qu'il désirait que le débiteur restât maître de sa chose jusqu'au dernier moment.

Et puis, peut-on dire encore, dès lors qu'on est obligé d'admettre que les créanciers du débiteur pourraient saisir et faire vendre le fonds (1), pourquoi ne point

(1) Ce droit de saisie des créanciers du débiteur est reconnu par une doctrine constante et aussi par la Jurisprudence ; V. Guillouard,

admettre que ce fonds puisse faire l'objet d'une vente avec ou sans autorité de justice par le débiteur lui-même.

Au surplus, l'aliénation qui peut intervenir n'est pas de nature à nuire aux droits du créancier, car il n'en conservera pas moins, nous le verrons ultérieurement, son droit de préférence sur le prix ou à défaut son droit de suite sur le fonds lui-même. En outre, et nous l'avons dit déjà, le créancier est par les droits que lui confère la loi, suffisamment prémuni contre la faute ou contre la fraude ou la simulation du débiteur; il a dans la première de ces hypothèses l'action en dommages-intérêts et dans la seconde l'action en nullité dérivant de l'article 1167 du Code civil. Dans une opinion que nous avons repoussée, on lui donne même une action criminelle tirée de l'article 408 du Code pénal.

115. — Il y a pourtant un cas où le débiteur n'aurait plus le droit d'aliéner le fonds, c'est celui où soit après, soit avant l'échéance de la dette, il l'aurait vendu au créancier (1).

Nantiss., nos 439 et 480; P. Pont, *Pet. cont.*, t. II, n° 4485 et s.; Aubry et Rau, t. IV, p. 741 s, 434; Carré et Chauveau, *Lois de procéd. quest.*, 4690 7°; Troplong, *Nantiss.*, n° 458 et s.; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss., privil et hypoth.*, n° 99; Laurent, t. XXVIII, n° 502; sic: Pau, 28 mars 1892 (*Gaz-Pal.*, s. 1893, 2, 225, D. 1894, 2, 419).

(1) On reconnaît généralement que cette convention intervenue après l'acte de constitution du nantissement et sans fraude est licite

La raison en ce cas en est simple, c'est qu'ayant aliéné et par suite perdu la propriété, il devrait être considéré comme ayant vendu la chose d'autrui.

§ III. — Droits du créancier.

116. — Le créancier gagiste, dans le droit commun a un privilège (art. 2102 Code civ.) lui conférant un droit de préférence, c'est-à-dire le droit de se faire payer sur la chose engagée par priorité et préférence aux autres créanciers (art. 2073 Code civ.) et un droit de suite, c'est-à-dire un droit de revendiquer la chose engagée lorsqu'il l'a perdue ou qu'elle lui a été enlevée. Il a en outre un droit de rétention (art. 2082, § 1^{er}, Code civ.) en vertu duquel il peut conserver la possession envers et contre tous jusqu'au paiement de ce qui lui est dû. Il a enfin le droit de faire vendre la chose en observant des règles qui varient suivant que le gage a le caractère civil (art. 2078, § 1^{er}, Code civ.) ou le caractère commercial (art. 93 Code com.).

Ce luxe de garanties et particulièrement le droit de rétention venant s'ajouter aux privilèges s'explique par les considérations suivantes. Le privilège accordé au

et ne tombe point sous la prohibition de l'art. 2078 § 2 Code civ. : Cass. 21 mai 1855 (S. 1856, 1, 43, D. 1855, 1, 279) ; 22 mai 1855 (S. 1856, 1, 423, D. 1856, 1, 171) ; sic : Laurent, t. XXVIII, n° 520 ; Duranton, t. XVIII, n° 537 ; Guillaud, *Nantissement*.

créancier gagiste n'est pas de nature à lui assurer dans tous les cas le remboursement de sa créance, car en dépit des termes qui paraissent cependant formels de l'article 2073 du Code civil il n'a pas un droit qui doive nécessairement faire prévaloir sa créance contre celles de tous autres ; il peut, autrement dit, se trouver en présence d'autres créanciers privilégiés dont le privilège est d'une qualité supérieure au sien ; alors il est primé. Le droit de rétention qui subsiste même en cas de vente obvie à cet inconvénient ; en effet les créanciers préférables en rang au gagiste se trouveront dans la nécessité de consentir au prélèvement sur le prix d'adjudication de ce qui est dû à celui-ci pour obtenir la remise de la chose. Il peut aussi se faire que le gage ait été conféré au gagiste par une personne qui n'était point propriétaire de la chose et qui la revendique contre lui ; sa possession lui permet d'invoquer la fin de non-recevoir tirée de l'article 2279 du Code civil aux termes de laquelle la possession de bonne foi vaut titre (1). Enfin, il peut se faire que la chose donnée en gage soit insaisissable ; le créancier gagiste sauvegardera ses

(1) V. en ce sens : Bordeaux, 26 mai 1873 (S. 1874, 2, 5, D. 1876, 2, 23) ; Cass., 12 mars 1888 (S. 1888, 1, 264, D. 1888, 1, 404) ; Sic : Delvincourt, t. III, p. 438 ; P. Pont, *Pet. contrats*, t. II, n° 1073 ; Troplong, *Nantiss.*, n° 70 et.s. ; Vallette, *Privil. et hypoth.*, n° 49 ; Guillaouard, *Nantiss.*, n° 42 ; Aubry et Rau, t. IV, § 432, p. 700 ; Thézard, *Nantis., privil. et hypoth.*, n° 8 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss., privil. et hypoth.*, n° 31 ; Laurent, t. XXVIII, n° 440.

intérêts sans réaliser le gage, en retenant la chose jusqu'à ce que le débiteur le paie (1).

Le droit de rétention ajoute aussi une très grande force au droit de suite, et c'est surtout à ce point de vue qu'il offre un grand intérêt. Si, en effet, le créancier gagiste ne détenait point la chose, le débiteur qui aurait conservé la possession aurait toutes les facilités pour l'aliéner et la livrer ensuite. Vainement le créancier invoquerait-il son droit de suite ; l'action en revendication qu'il exerçait échouerait complètement contre le tiers détenteur possesseur de bonne foi (art. 2279 Code civ.).

Le droit de rétention apparaît ainsi avec toutes les conséquences qu'il emporte comme un corollaire de la mise en possession du créancier gagiste (2)

117. — Ces principes du droit commun rappelés, quelle va être la situation du créancier nanti d'un fonds de commerce ?

La régularité du nantissement n'exige point depuis la loi du 1^{er} mars 1898 que le créancier soit mis en possession du fonds, il ne peut donc être question de droit de rétention (3).

(1) V. en ce sens : Beudant, *Cours de Dr. civ. franç., sûretés person. et réelles*, t. I, n^o 196, p. 174.

(2) V. en ce sens : Beudant, op. et loc. cit., n^o 195.

(3) V. en ce sens : Ch. Simon, *Le fonds de commerce*, p. 189 ; Magnin, *Essai sur le nantissement des fonds de commerce*, n^o 14, p. 30 ;

Le créancier n'aura donc que le privilège emportant droit de préférence et droit de suite, et le droit de vendre le fonds.

118. — Il faut maintenant se demander si cette diminution de garantie, résultant du défaut de droit de rétention, a pour le créancier une conséquence aussi fâcheuse que pourrait le faire croire la théorie que nous avons rappelée plus haut.

Eh bien non ; le plus grand danger que court le créancier gagiste, celui qui résulterait de l'aliénation du fonds par le débiteur resté en possession, n'est point à redouter pour lui. En effet, il est de principe admis par la doctrine comme par la jurisprudence que la règle « en fait de meubles possession vaut titre » ne s'applique qu'aux meubles incorporels (1). Or depuis

Montier, *Des nantiss. de fonds de commerce*, n° 118, p. 90 ; Beudant, *Cours de droit civ. français, sûretés personnelles et réelles*, t. I, p. 174, n° 195.

(1) C'est ce que l'on décide habituellement à l'égard des titres de créance : Poitiers, 27 novembre 1843 (S. 1834, 2, 680) ; Douai, 28 juin 1843 (S. 1843, 2, 586, D. 1843, 2, 41) ; Sic : Chardon, *Dol et fraude*, t. I, n° 43 ; Troplong, *Prescript.*, t. II, n° 1065 ; Colmet de Santerre, t. VIII, n° 388 ^{bis}, III ; Marcadé, sur l'art. 2279, n° 4 ; Aubry et Rau, 5^e éd., t. II, § 183, p. 152 ; Demolombe, t. XXIV, n° 486 ; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescript.*, n° 840 ; Laurent, t. XXXII, n° 562, 566 et s. ; Larombière, sur l'art. 1141, n° 2. — A l'égard des rentes vendues par un non propriétaire : Cass. 14 août 1840 (S. 1840, 1, 754, D. 1840, 1, 321). — A l'égard des créances ou droits constatés par des titres nominatifs dont la propriété ne s'acquiert que par un transfert régulier : Douai, 3 janvier 1873, sous Cass. 17 dé-

la loi nouvelle, le fonds de commerce est classé dans la catégorie des meubles incorporels. Dès lors l'acquéreur de bonne foi du fonds ne peut point opposer au créancier gagiste la fin de non-recevoir tirée de l'article 2279 du Code civil et son action en revendication doit nécessairement triompher. Aucune autre prescription ne pourrait lui être opposée que celle de 30 ans.

Il suit de là que le créancier nanti d'un fonds n'est pas à ce point de vue dans une situation moins bonne que le créancier nanti d'un meuble corporel dans les termes du droit commun. Il n'a pas il est vrai de droit de rétention, mais le droit de suite dont il est armé est entre ses mains une arme beaucoup plus efficace que le droit de suite du créancier gagiste ordinaire qui ne présenterait pour lui quelque utilité que s'il se trouvait en présence d'un possesseur de mauvaise foi ou s'il en avait été dépouillé par suite de perte ou de vol (art. 2279 et 2280 du Code civil).

Nº 1. — *Du droit de vendre.*

119. — Le droit d'exécuter le gage suppose que le créancier n'est point remboursé, à l'échéance, de sa créance.

Le créancier ne peut disposer de l'objet du gage qu'il

cembre 1873 (S. 1874, 1, 409). — A l'égard d'une créance d'indemnité acquise du propriétaire apparent : Cass. 4 mai 1836, 1, 353, D. 1836, 1, 257 ; 11 mars 1839 (S. 1839, 1, 169, D. 1839, 1, 117).

a entre les mains ou qui est entre les mains d'un tiers convenu, dans le droit commun ; il doit s'adresser à justice pour qu'il soit statué sur le sort réservé à cet objet ; mais il a le droit d'opter entre deux partis : a) il peut demander que le gage lui demeure en paiement ; b) ou bien il peut demander que le gage soit vendu aux enchères (art. 2078 Code civ.). Telles sont les dispositions prises par la loi civile, dans le cas où le gage est civil, dans l'intérêt à la fois du créancier et du débiteur, puisqu'elles permettent d'économiser les frais de vente qui auraient diminué d'autant l'actif du débiteur et qu'elles assurent en même temps par l'intervention de la justice une garantie contre des abus qui pourraient se produire.

Lorsque le gage est commercial, le créancier a les mêmes droits, mais, pour éviter des complications, des lenteurs et des frais, le créancier qui veut réaliser le gage n'est point tenu de se faire autoriser par justice ; il lui suffit d'adresser à l'échéance au débiteur une sommation de payer, faute de quoi il est autorisé à faire procéder à l'expiration d'un délai de huitaine à la vente publique des objets donnés en gage (art. 93 Code com.).

120. — Tel est le droit commun. A défaut par la loi du 1^{er} mars 1898 de s'être expliquée sur ce point, il faut décider qu'il s'applique au fonds de commerce qui ont été l'objet d'un nantissement.

En conséquence il faut poser les propositions suivantes :

a) Dans tous les cas, c'est-à-dire que le gage soit civil ou commercial, le créancier gagiste a le droit de faire ordonner en justice que le fonds lui demeurera acquis en paiement jusqu'à dûe concurrence, d'après une estimation par expert.

b) Dans le cas où le gage est civil, le créancier gagiste peut se faire autoriser par justice à procéder à la vente aux enchères.

c) Dans le cas où le gage est commercial, le créancier peut huit jours après une sommation de payer demeurée infructueuse procéder à la vente aux enchères.

Ajoutons que toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, serait nulle (art. 2078, § 2, Code civil et 93, § 4, Code com.).

121. — On pourrait soulever contre cette théorie une objection et dire que les formes de l'article 2078, § 1^{er} du Code civil « le gage *demeurera* en paiement au créancier gagiste » indiquent que la faculté accordée au créancier de faire ordonner que le gage lui restera en paiement, suppose que la possession de l'objet engagé a été remise au créancier, que par suite elle ne pourrait être invoquée par le créancier nanti d'un fonds de commerce qui n'est pas mis en possession.

Il suffit de répondre que la loi a prévu le cas qui se

produit habituellement et ne pouvait même pas prévoir le cas du gage sans déplacement admis seulement depuis dans des lois postérieures, mais il n'y a aucune espèce de raison pour en restreindre l'application, alors surtout que les mêmes motifs existent pour conférer cette faculté au créancier non mis en possession, comme au créancier mis en possession.

122. — Quant au droit de procéder à la vente aux enchères que nous avons reconnu au créancier gagiste il n'apparaît pas que dans le droit commun celui-ci soit à cet égard dans une situation bien préférable à celle des autres créanciers du propriétaire de l'objet engagé.

Ces créanciers peuvent, en effet, saisir et vendre le fonds, qui, étant resté la propriété du débiteur malgré le nantissement qu'il a consenti, n'en continue pas moins à faire partie de leur droit de gage général.

La situation pour le créancier gagiste d'un fonds de commerce est quelque peu différente, son droit porte sur un meuble incorporel constituant un *universum corpus* qui n'est point susceptible d'être saisi et vendu à la requête des créanciers du propriétaire dans son ensemble ; la loi n'a prévu en effet aucune procédure d'exécution applicable à des meubles de cette catégorie, autres que les créances (saisie arrêt) et les rentes (saisie des rentes) et il faut dire que de même que nous avons reconnu qu'antérieurement à la loi du 1^{er} mars

1898 les fonds de commerce n'étaient point susceptibles d'être donnés en nantissement en bloc, de même ils ne peuvent faire l'objet d'une procédure d'exécution tendant à une vente forcée en bloc.

Mais si le fonds de commerce n'est pas dans son ensemble susceptible d'être saisi par les créanciers du propriétaire, ceux-ci peuvent du moins saisir chacun des éléments qui le composent et qui sont susceptibles d'être saisis. Ils peuvent ainsi saisir exécuter les marchandises, le matériel d'exploitation et le mobilier, ils peuvent saisir arrêter le droit au bail ; c'est-à-dire qu'ils peuvent démembrer le fonds de commerce, au grand dommage de tous et particulièrement du créancier gagiste, car il est à présumer que la vente globale aurait produit un prix beaucoup plus élevé.

Ce droit ne peut cependant, dans l'état actuel de la législation, être dénié aux créanciers. Vainement, soutiendrait-on que la loi du 1^{er} mars 1898, en reconnaissant au fonds de commerce le caractère d'universalité, fait obstacle à ce que les créanciers du propriétaire puissent le démembrer par voie de saisie. Cette universalité n'a été reconnue qu'en tant qu'il s'agit de constituer un nantissement ; elle existe bien au profit du créancier gagiste, mais ne peut faire obstacle aux droits des créanciers du propriétaire du fonds ; or, dire que le fonds constituerait un meuble incorporel indivisible dans ses éléments même à l'encontre de ces créanciers aboutirait à dire que ce fonds constituerait dans le

patrimoine de leur débiteur un bien insaisissable, ce qui est inadmissible.

123. — La situation du créancier gagiste est donc assez critique en présence d'un créancier qui a pratiqué, nous le supposons, la saisie-exécution des marchandises et du matériel. Nous croyons pourtant qu'il y a pour lui, comme pour le propriétaire du fonds des correctifs possibles. Ils peuvent jusqu'au moment de la vente sur saisie des marchandises et du matériel en demandant la discontinuation des poursuites, provoquer la vente du fonds en bloc. Ils ont encore la ressource, s'il y a cessation de paiements, de provoquer la faillite : ainsi les poursuites individuelles seront suspendues et le fonds sera vendu par les soins du syndic si décidément le failli ne peut être remis à la tête de ses affaires.

124. — Supposons que le créancier gagiste opte pour la vente du fonds. Nous avons dit que cette vente devait avoir lieu aux enchères. Il s'agit d'un meuble incorporel et par conséquent l'officier public compétent pour procéder à la vente sera un notaire, à l'exclusion de tous autres (1).

Les courtiers en marchandises et les commissaires-priseurs qui ont qualité pour vendre les marchandises et les meubles corporels ne pourront jamais exercer

(1) Loi du 9 ventôse, an XI, art. 1.

leurs droits concurremment avec les notaires, car ici encore il faut rappeler qu'en toutes hypothèses les fonds de commerce ont été proclamés meubles incorporels par la loi du 1^{er} mars 1898, par conséquent, même dans les cas où les éléments corporels auront une importance beaucoup plus grande que les meubles incorporels, il sera procédé à la vente par un notaire.

125. — Il y aura lieu à la rédaction d'un cahier des charges contenant les clauses et conditions de la vente avec l'origine de propriété.

On a fait ressortir, à cet égard, les difficultés que rencontrerait dans la pratique le créancier gagiste (1).

La loi du 1^{er} mars 1898, a-t-on fait remarquer, n'exige point la remise du bail, ni du titre d'acquisition entre les mains du créancier gagiste, comment donc fera-t-on pour rédiger le cahier des charges, si on se heurte au refus du débiteur de remettre ces pièces.

Nous ne voyons pas bien l'intérêt que le débiteur pourrait avoir à faire cette résistance puisqu'il pourrait être contraint par justice et risquerait seulement de voir augmenter sa dette par une condamnation nouvelle, et nous ne pensons pas que, dans la pratique, le créancier gagiste se heurte fréquemment à la mauvaise volonté de son débiteur. Et puis il y a un moyen d'éviter cet inconvénient et de se passer du concours du dé-

(1) V. Montier, *Des nantiss. de fonds de com.*, n° 109, p. 78.

biteur au moment de la réalisation du gage ; le créancier n'a qu'à se faire donner au moment de la formation du contrat de nantissement tous les renseignements propres à lui permettre d'user ultérieurement de tous ses droits de créancier gagiste ; et il peut demander à ce moment là que dans l'acte rédigé il soit fait mention de l'origine de propriété du fonds et des autres circonstances, notamment la durée et les conditions du bail, de nature à présenter un intérêt quelconque pour l'appréciation de la valeur du fonds. C'est ainsi qu'on opère en matière de constitution d'hypothèque conventionnelle.

126. — Il est procédé à la vente, après la publicité d'usage, au jour fixé.

Le plus offrant et dernier enchérisseur est déclaré adjudicataire, et adjudicataire définitif car aucune surenchère n'est possible. Il peut donc entrer en jouissance dès le jour fixé par le cahier des charges et l'on peut se rendre compte ainsi que les choses peuvent aller très vite et que l'on peut éviter le discrédit que ne manque pas de jeter sur un fonds une vente publique tendant à la dépossession du propriétaire actuel.

On a encore à cet égard fait observer que pour entrer en possession l'adjudicataire se heurterait fréquemment à la mauvaise volonté du propriétaire dépossédé qui refuserait de vider les lieux (1). Ici encore on ne

(1) V. Montier, *Des nantiss. de fonds de comm.*, n° 109, p. 79.

voit pas bien l'intérêt qu'aurait le débiteur à agir ainsi ; il s'exposerait à une demande en dommages-intérêts ; en tous cas, il y a des procédures rapides que l'adjudicataire pourrait mettre en mouvement, soit la procédure du référé, soit la procédure commerciale suivant que l'acte d'acquisition pourrait être considéré comme un acte commercial ou non, pour faire expulser le débiteur récalcitrant.

127. — Nous avons supposé jusqu'ici que c'était le créancier gagiste qui poursuivait la vente, mais nous avons dit déjà qu'il n'était point seul à pouvoir exercer ce droit, et que, si les créanciers du propriétaire du fonds ne pouvaient procéder à une expropriation forcée, faute par le législateur d'avoir édicté des règles pour la saisie des fonds de commerce, rien ne s'opposait à ce qu'il fut procédé à une vente amiable, d'accord entre les intéressés.

128. — Il peut se faire enfin que le propriétaire du fonds engagé ait été déclaré en faillite, et dans ce cas, c'est le syndic qui a reçu mission de procéder à la réalisation de l'actif et qui a qualité par conséquent pour procéder à la vente.

129. — On a soutenu que le syndic ne pouvait pas procéder à la vente du fonds de commerce en cas de refus du créancier gagiste d'y procéder, et qu'en tous

cas il ne pourrait contraindre le créancier gagiste à procéder à la vente que dans le cas où celui-ci aurait intérêt à rester inactif et à laisser le capital se grossir des intérêts qu'il a stipulés pour ne réaliser qu'à la dernière heure (1).

Cette théorie nous paraît absolument erronée. On prétend qu'elle résulterait nécessairement des articles 2078 du Code civil et 93 du Code de commerce ; ces dispositions ne disent cependant point du tout cela ; elles disent que le créancier gagiste peut sous certaines conditions procéder à la vente publique au cas où il n'est pas payé à l'échéance, mais elles ne disent point qu'il peut seul y procéder ; il résulte au contraire des principes que nous avons déjà énoncés que le débiteur est demeuré propriétaire de l'objet engagé, et que par conséquent il peut l'aliéner, comme ses créanciers ou le syndic agissant au nom de la masse en cas de faillite peuvent le réaliser.

130. — Nous verrons ultérieurement ce qu'il advient du prix dans le cas où il est procédé à la vente. C'est sur le prix en effet que le créancier gagiste peut, en exerçant son privilège, se faire rembourser de ce qui lui est dû, au moyen de son droit de préférence.

(1) V. en ce sens : Montier, *Des nantiss. de fonds de comm.*, n° 414 et s., p. 85 et s.

N^o 2. — *Du droit de préférence.*

131. — Le créancier gagiste d'un fonds de commerce jouit encore, en dehors du droit de réaliser le gage que nous venons de lui reconnaître, d'un privilège, qui, aux termes de l'article 2073 du Code civil devrait lui assurer le droit de se faire payer sur le fonds engagé par priorité et préférence à tous autres créanciers.

Nous verrons tout à l'heure que cette formule est exagérée. Mais ce qu'il faut retenir pour le moment, c'est que, pour que le créancier gagiste puisse exercer son droit de préférence, il faut supposer que le fonds de commerce a été vendu, soit à la requête du créancier gagiste lui-même, soit à la requête du débiteur ou de ses créanciers. C'est sur le prix qu'il obtiendra le remboursement de ce qui lui est dû.

132. — La condition primordiale nécessaire pour que le créancier gagiste puisse faire valoir son droit de préférence, c'est qu'il ait régulièrement pris inscription au greffe du tribunal de commerce, depuis la loi du 1^{er} mars 1898.

Nous avons vu que cette inscription institue une formalité indispensable à l'existence du nantissement à l'égard des tiers. Or c'est précisément en présence de tiers que son droit de préférence va lui être de quel-

que utilité : il va se heurter aux droits des créanciers privilégiés ou chirographaires du propriétaire. Nous aurons à nous demander si son inscription lui assurera la conservation de tous ses droits à leur encontre.

133. — Mais il est nécessaire auparavant de rechercher qu'elle sera exactement l'étendue des droits du créancier gagiste dans la distribution du prix.

Pour le principal de sa créance, il n'y a pas de difficulté, le remboursement intégral lui est assuré, alors du moins que l'inscription porte exactement l'indication du montant de la créance.

Pour les intérêts la question est plus délicate.

Tout d'abord il n'est pas douteux que l'inscription ne conserverait point vis-à-vis des tiers les intérêts de la créance au cas où on aurait omis de faire mentionner dans l'inscription que cette créance est productive d'intérêts, avec l'indication du taux.

Mais en admettant même que cette mention ait été régulièrement faite, n'est-il pas exorbitant d'assurer au créancier gagiste par ce moyen le remboursement d'intérêt depuis une époque peut-être très reculée, et n'y a-t-il pas danger à autoriser une sauvegarde aussi complète des droits du gagiste au détriment des autres créanciers qui ont pu faire crédit au propriétaire du fonds avec l'assurance que ledit fonds avait une valeur bien supérieure au capital pour lequel il avait été engagé ?

Le législateur a pensé, en matière hypothécaire que ce serait là accorder au créancier un droit exorbitant ; aussi les intérêts colloqués au même rang que le principal sont-ils limités à trois années (art. 2151 Code civ.) ; pour le surplus, le créancier hypothécaire peut bien prendre une inscription, mais seulement au fur et à mesure de leur échéance et en prenant rang au jour seulement des inscriptions nouvelles.

Malgré l'intérêt qu'il y aurait à étendre cette disposition au nantissement des fonds de commerce, nous ne croyons pas que cela soit possible en présence du silence de la loi en notre matière (1). Nous avons déjà à différentes reprises dit que les dispositions en matière d'inscription hypothécaire ne pouvaient être étendues aux inscriptions de nantissements, parce que en dépit de l'analogie qu'on peut y reconnaître, le gage des fonds de commerce ne constitue point une hypothèque mobilière, mais demeure un nantissement, avec cette particularité qu'il s'opère dorénavant sans déplacement. Il faut donc dire que l'inscription régulière du nantissement garantira au créancier le remboursement de tous les intérêts échus à la date de l'inscription.

Cette règle, il est vrai, peut être tempérée dans son application par la disposition de l'article 2277 Code civ.

(1) V. en ce sens : Ch. Simon, *Le fonds de commerce*, p. 210 ; Montier, *Des nantiss. de fonds de com.*, n° 103, p. 73.

aux termes de laquelle les intérêts des sommes prêtées se prescrivent par cinq ans ; mais il suffira au créancier d'interrompre régulièrement la prescription pour qu'on ne puisse pas lui opposer cette fin de non-recevoir.

Quant aux frais qui auront été faits par le créancier pour la conservation ou le recouvrement de sa créance, ils sont garantis aussi par l'inscription en leur qualité d'accessoires de la créance pourvu qu'ils aient été indiqués et estimés dans l'inscription ; la règle de l'article 2148, § 4 du Code civil qui assure leur recouvrement au même rang que celui du capital en matière hypothécaire n'est qu'une application du principe du droit commun : *accessorium sequitur principale*.

134. — Supposons maintenant que le prix est mis en distribution, quels seront les droits du créancier gagiste en présence d'autres créanciers du débiteur ?

Ces créanciers ne peuvent être que de deux catégories : ce sont ou bien des créanciers hypothécaires, ou bien des créanciers privilégiés. Il convient d'examiner successivement ces deux hypothèses.

135. — *a)* Concours du créancier gagiste avec des créanciers chirographaires.

Cette hypothèse ne présente aucune particularité : le droit de privilège du créancier gagiste assurera à celui-ci le remboursement de tout ce qui lui est dû par préférence aux créanciers chirographaires.

136. — *b*) Concours du créancier gagiste avec des créanciers privilégiés.

La loi du 1^{er} mars 1898 est restée absolument muette sur les droits que pourrait faire valoir le créancier gagiste du fonds en présence d'autres créanciers privilégiés. Il faut donc en conclure que le droit commun lui sera purement et simplement applicable.

Il semble à la lecture de l'article 2073 Code civ. que cette disposition lui donne le droit de l'emporter en toutes circonstances sur tous autres, car elle est absolue et sans réserves: « Le gage, y lit-on, confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilège et préférence aux autres créanciers. » Il faut se garder de tirer une pareille conclusion de cet article. En effet, le législateur ne peut avoir eu en vue de régler un concours entre créanciers privilégiés dans le titre du nantissement où cette disposition a trouvé place; il concède un privilège et c'est tout, quitte à examiner plus tard à quel rang ce privilège viendra en concours avec d'autres; c'est ce qu'il a fait dans plusieurs dispositions du titre des privilèges et hypothèques (art. 2096, 2101, 2105 Code civ.). Mais ces dispositions sont muettes sur bien des questions de rang, qui ont donné lieu à de très vives controverses.

137. — Avant d'aborder ces questions de rang, il est nécessaire de faire observer que le créancier gagiste d'un fonds de commerce n'est pas aussi bien protégé

que le créancier mis en possession du gage. Le droit de rétention dont jouit celui-ci lui permet d'être assuré que, tant qu'il demeurera en possession, aucun créancier ne lui sera préféré. Or nous avons vu que le gagiste d'un fonds de commerce n'a pas de droit de rétention, il ne pourra donc jamais venir qu'au rang qui lui est assigné par la loi.

138. — Examinons donc la question du concours avec les différents créanciers privilégiés.

139. — 1° Concours du créancier gagiste avec des créanciers ayant un privilège général sur les meubles.

C'est une des questions les plus discutées que celle de savoir comment doit se régler le conflit entre créanciers ayant un privilège spécial et créanciers ayant un privilège général. On décide généralement que dans le concours de ces privilèges on doit, pour fixer l'ordre suivant lequel ils doivent s'exercer, se déterminer d'après les différentes qualités des privilèges et que la préférence n'est due de plein droit ni aux privilèges généraux, ni aux privilèges spéciaux (1).

(1) V. en ce sens : Caen, 8 mars 1838 (S. 1838, 2, 432, D. 1838, 2, 98) ; Cass. 19 janvier 1864 (S. 1864, 1, 60, D. 1864, 1, 80) ; Douai, 24 janvier 1865 (S. 1865, 2, 237) ; Paris, 5 mars 1872 (S. 1873, 2, 13, D. 1873, 2, 182) ; Sic : Duranton, t. XIX, n° 203 ; Aubry et Rau, t. III, § 289, p. 479 ; Thézard, *Privil. et hypoth.*, n° 380 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss., privil. et hypoth.*, t. I, n° 773.

Dans un second système on soutient que les privilèges généraux sur

Dans ce système, les frais de justice exposés dans l'intérêt commun de tous les créanciers devraient être privilégiés par rapport à toutes autres créances (1), et particulièrement par rapport à la créance du gagiste nanti d'un fonds de commerce.

Mais il faut pour cela que ces faits aient eu pour raison la conservation ou la réalisation du fonds, sinon ils n'ont eu aucune utilité pour le créancier gagiste.

Parmi les autres privilèges généraux qui sont de nature, en vertu des principes prérappelés, à être préférés au privilège du gagiste, il faut citer encore les salaires des gens de service, ouvriers et commis attachés à l'exploitation du fonds (art. 2101 § 4 du Code civil et 549 du Code de commerce). Notre opinion est basée sur cette idée que le travail des commis et ouvriers a assuré la conservation du fonds ; c'est là une raison de priorité que l'on accepte généralement (2).

les meubles devraient toujours primer les privilèges spéciaux : Rouen, 30, janvier 1851 (S. 1851, 2, 281, D. 1852, 2, 37) ; Bordeaux, 12 avril 1853 (S. 1853, 2, 444, D. 1853, 2, 242) ; Sic : Troplong, *Privil. et hypoth.*, t. I, n° 178 ; Troplong, *Privil. et hypoth.*, t. I, n° 73 et s. ; Colmet de Santerre, t. IX, n° 49^{bis}, II et s. ; Zachariæ, Massé et Vergé, t. V, § 828, p. 250, note 2.

Enfin dans un troisième système on estime que les privilèges spéciaux sur les meubles doivent passer avant les privilèges généraux, exception faite seulement pour les frais de justice : Cass. 20 mars 1849 (S. 1850, 1, 103, D. 1849, 1, 250) ; Dijon, 19 mai 1893 (S. 1893, 2, 134, D. 1893, 2, 479) ; Sic : Valette, *Privil. et hypoth.*, n° 119.

(1) V. en ce sens : Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss., privil. et hypoth.*, t. I, n° 775.

(2) Comp. Paris, 5 mars 1872 (S. 1873, 2, 13, D. 1873, 2, 182) ; Sic :

Enfin le privilège du Trésor est appelé à concourir fréquemment avec le privilège du gagiste. Il porte sur tous les meubles du redevable débiteur de différents droits ; droits en matière de contributions directes (loi du 12 novembre 1808, art. 1^{er} et s.), droits et amendes en matière de timbre (loi du 28 avril 1816, art. 76, § 2), droits de mutation par décès (loi du 22 frimaire, an VII, art. 32) ; droits de douanes (lois du 6 et 22 août 1791, art. 22, 4 germinal, an II, titre VI, art. 4, 28 avril 1816, art. 58) ; droits en matière de contributions indirectes (loi du 1^{er} germinal, an XIII, art. 47) ; droits sur les biens des comptables (loi du 5 septembre 1807, art. 1^{er} et s.) ; frais de justice criminelle (loi du 5 septembre 1807, art. 1^{er} et s.) ; il arrivera donc fréquemment que le créancier gagiste trouve en face de lui le Trésor au moment de la distribution du prix du fonds. On décide généralement que le privilège du Trésor est préférable à tous autres et par conséquent au privilège du créancier gagiste.

Mais la question est très controversée de savoir si le Trésor peut invoquer son privilège à l'encontre des créanciers qui à la date où sa créance prend naissance ont acquis des droits sur la chose. Suivant que l'on se prononce sur cette question pour l'affirmative ou pour la négative, le Trésor pourrait ou ne pourrait pas venir

par préférence au créancier gagiste du fonds sur le prix de ce fonds mis en distribution pour ses créances nées postérieurement à l'inscription du nantissement.

V. en ce sens en ce qui concerne les droits de mutation : Nîmes, 9 février 1876 (S. 1877, 2, 317, D. 1876, 2, 217) ; en ce qui concerne les droits en matière de contributions indirectes : Caen, 15 janvier 1870 (S. 1873, 2, 114, D. 1873, 2, 178) ; Sic : Troplong, *Privil. et hypoth.*, t. I, n° 34^{bis}, Olibo, *Code des contrib. indirectes*, t. II, p. 758 ; Dareste, *Manuel des contrib. indir.*, n° 1243 ; Guillouard, *Privil. et hypoth.*, t. II, n° 567 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privil. et hypoth.*, t. I, n° 662 ; droits en matière de contributions directes : Nîmes, 9 juillet 1832 (D. 1834, 2, 49) ; Caen ; 15 janvier 1870 (S. 1873, 2, 114, D. 1873, 2, 178) ; Sic : Aubry et Rau, t. III, § 263^{bis}, p. 186 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privil. et hypoth.*, t. I, n° 691 ; Guillouard, *Privil. et hypoth.*, t. II, n° 581 et s.

L'article 2098, § 2 du Code civil dispose que le Trésor public ne peut obtenir de privilège au préjudice des droits antérieurement acquis à des tiers. Dans une opinion, on soutient que cette disposition a pour objet uniquement de rappeler le principe de la non-rétroactivité des lois, c'est-à-dire qu'elle ne doit s'entendre que des droits acquis avant les lois qui ont organisé le privilège du Trésor, et non pas des droits antérieurs à toute époque où la créance privilégiée du Trésor a pris naissance : Paris, 4 mars 1839 (S. 1839, 2, 136,

D. 1839, 2, 108); Cass., 2 décembre 1862 (S. 1863, 1, 97, D. 1862, 1, 513); Pau, 13 mai 1896 (S. 1896, 2, 212); Sic : Laurent, t. XXIX, n° 320 ; Baudry-Lacantinerie, *Précis de Dr. civ.*, t. III, n° 1065 ; Troplong, *Privil. et hypoth.*, t. I, n° 90 ; P. Pont, *Privil. et hypoth.*, t. I, n° 29 ; Guillouard, *Nantiss., Privil. et hypoth.*, t. II, n° 555. — Dans une autre opinion, au contraire, on soutient que la disposition de l'article 2098 du Code civil a eu pour but de décider que le privilège du Trésor ne peut être opposé aux créanciers qui ont obtenu, antérieurement à la naissance de sa créance, des droits acquis sur les biens soumis à ce privilège : Cass., 30 avril 1889 (S. 1890, 2, 289, D. 1890, 2, 20) ; Sic : Baudry-Lacantinerie et de Loy-nes, *Nantiss., privil. et hypoth.*, t. I, n° 648 ; Aubry et Rau, t. III, § 263^{bis}, p. 186 ; Colmet de Santerre, t. IX, n° 8^{bis} ; Beudant, *Cours de Dr. civ. franç., sûretés person. et réelles*, t. I, n° 492, p. 437.

140. — 2° Concours du créancier gagiste avec des créanciers ayant un privilège spécial.

Dans cette catégorie de privilèges le créancier gagiste du fonds peut se trouver en concours avec le bailleur des lieux dans lesquels le fonds est exploité, avec des créanciers à raison de frais faits pour la conservation du fonds, avec des vendeurs d'objets mobiliers faisant partie du fonds, enfin avec d'autres créanciers gagistes du même fonds ou des objets qui en font partie.

141. — Le créancier à raison de frais faits pour la conservation du fonds nous paraît devoir être préféré au créancier gagiste, du moins à l'égard des frais qui ont été faits postérieurement à l'inscription du nantissement, car, d'une façon générale, les frais faits pour la conservation de la chose dont le prix est en distribution doivent être colloqués par préférence à toute autre créance : nous avons déjà appliqué cette théorie en ce qui concerne les frais de justice et les salaires des commis et ouvriers en cas de faillite du propriétaire du fonds (1).

142. — En ce qui concerne le bailleur, son privilège est fondé sur un droit de gage tacite grévant tous les meubles corporels apportés par le preneur dans les lieux loués. On peut donc dire que c'est un privilège du même ordre que celui du créancier gagiste lui-même ; le propriétaire du fonds peut en quelque sorte être considéré comme détenant son mobilier pour le compte de son bailleur et pour le compte de son créancier gagiste. En pareille hypothèse, c'est le premier

(1) V. en ce sens : Trib. civ. Joigny, 20 janvier 1870 (S. 1873, 2, 43) ; Paris, 5 mars 1872 (S. 1873, 2, 43, D. 1873, 2, 482) ; M. Beudant (*Cours de Dr. civ. fr., sûretés person. et réelles*, t. I, n° 482, p. 429) estime qu'en cas de concours de créanciers invoquant les uns un privilège fondé sur l'idée de nantissement, les autres un privilège fondé sur l'idée de plus value, ces derniers passent les premiers si le fait de conservation est postérieur à la constitution du gage et les seconds si le fait de conservation est antérieur.

nanti qui paraît devoir primer l'autre (1). Le bailleur primera donc généralement le créancier gagiste, puisque le plus souvent le nantissement n'aura été consenti qu'en cours de bail (2).

Mais il pourra arriver qu'après avoir engagé son fonds, le propriétaire de ce fonds change de local et alors, en principe, il paraît que le créancier gagiste devait être préféré au bailleur des nouveaux locaux où le fonds a été transporté, puisque son droit sera antérieur en date.

Toutefois, une question très délicate peut se poser dans cette hypothèse, celle de savoir si, pour conserver son droit de priorité à l'encontre du bailleur des nouveaux locaux, le créancier gagiste ne sera pas obligé de porter à la connaissance de celui-ci le droit qui lui appartient sur les objets apportés dans les lieux. On décide en effet généralement que les tiers qui ont des droits sur le mobilier introduit dans les lieux loués ne peuvent les invoquer à l'encontre du bailleur qu'à la condition de prouver que le bailleur a su lors de l'introduction, que ce mobilier était grevé de droits appartenant à des tiers (3). Celui-ci était en effet en droit de

(1) V. en ce sens : Beudant, *Cours de Dr. civ. franç., sûretés person. et réelles*, t. 1, n° 480, p. 428.

(2) V. en ce sens : Ch. Simon, *Le fonds de com.*, p. 203 ; Montier, *Des nantiss. de fonds de com.*, n° 142, p. 105.

(3) V. en ce sens : Lyon, 13 mars 1849 (S. 1849, 2, 327) ; Riom, 4 mai 1887 (*Gaz. Pal.* 88, 1, 155) ; Dijon, 19 mai 1893 (S. 1893, 2, 134, D. 1893, 2, 479) ; Orléans, 30 juin 1899 (*Gaz. Pal.* 1899, 2, 365) ; Trib. civ. Mayenne, 26 mai 1899 (*Gaz. Pal.* 1899, 2, 366).

croire que les objets mobiliers introduits appartenait au preneur, et de compter que ces objets garantissaient sa créance de loyers. Dans notre hypothèse, une formalité de publicité a été accomplie, qui, à notre sens ne permet plus au bailleur de dire qu'il a ignoré l'affectation que les meubles avaient déjà reçu antérieurement. Il suffisait au bailleur, avant de contracter, de consulter le registre des inscriptions qui était à sa disposition au greffe du tribunal de commerce ; s'il n'a pas pris cette précaution il ne peut s'en prendre qu'à lui-même de sa négligence ; désormais tous les tiers sans exception, et le bailleur est certainement de ce nombre, sont réputés connaître le nantissement dès l'instant où il a été régulièrement inscrit. Au surplus, la jurisprudence n'exige point du tout que le tiers ayant des droits sur les meubles introduits les porte à la connaissance du bailleur par une notification, il suffit que le bailleur ait su ou dû savoir ; le créancier gagiste ne commet donc aucune faute en ne prévenant pas le bailleur des nouveaux locaux.

Une autre question, peut être plus délicate encore, peut se poser dans l'hypothèse où le titulaire du fonds renouvelle à fin de bail sa location dans les lieux qu'il occupait précédemment. Quelle va être la situation du bailleur vis-à-vis du créancier gagiste du fonds qui a fait inscrire régulièrement son nantissement au cours du bail antérieur ? Nous pensons qu'il doit être sacrifié au créancier gagiste du fonds, car le privilège que lui

conférait le bail antérieur s'est trouvé éteint avec le bail lui-même à l'expiration du temps pour lequel la location avait lieu. Le bail renouvelé est en principe un nouveau bail et il appartenait au bailleur, avant de consentir cette nouvelle location, de s'assurer que son locataire n'avait pas conféré, au cours du premier, à des tiers, des droits qui pourraient lui devenir opposables.

Il en serait autrement toutefois dans toutes les hypothèses où le bail renouvelé pourrait être considéré comme une continuation du bail antérieur, comme en cas de tacite reconduction ou de prorogation en vertu d'une faculté réservée aux parties dans le bail original.

143. — Le conflit qui, dans la pratique, sera le plus fréquent, est certainement celui du créancier gagiste avec le vendeur d'objets mobiliers et surtout de marchandises destinées à alimenter le fonds.

Il est en effet d'usage courant dans tous les commerces, et particulièrement dans les commerces où l'on achète pour revendre, de ne payer ses fournisseurs qu'à terme ; la marchandise est livrée par ceux-ci à crédit, et c'est précisément la situation de ces créanciers essentiellement intéressants, qui a été prise en considération par le législateur lorsqu'il a édicté la formalité de publicité dont devaient être désormais entourés les nantissemens des fonds de commerce ; il a pensé, à tort ou à raison, que les fournisseurs ne livreraient

plus à crédit avant de s'être assurés du degré de crédit qu'il convenait de faire au fonds en consultant le registre des nantissements au greffe.

Ces créanciers ont, aux termes de l'article 2101 4° du Code civil, un privilège sur les objets par eux vendus, pour le paiement du prix, tant que ces objets sont encore en la possession du débiteur. Celui-ci les donne en nantissement, nous le supposons, à un tiers avec tout le fonds de commerce. Comment se règlera la situation respective de ces fournisseurs et du créancier gagiste ?

Il faut, par une raison d'analogie, appliquer à cette hypothèse les principes mêmes que nous avons posés à l'égard du bailleur : le gagiste doit être préféré au vendeur non payé lorsqu'il a ignoré que l'objet à lui donné en gage n'était point payé au moment de la constitution du nantissement.

144. — Mais alors une question très délicate se pose, celle de savoir à qui incombera la charge de la preuve : est-ce au gagiste à prouver qu'il ignorait que la chose ne fût pas payée, est-ce, au contraire, au vendeur non payé à prouver que le gagiste savait ou a dû savoir qu'il n'était pas payé ?

Nous pensons que la preuve incombe au vendeur non payé. L'article 2102 4°, 3° alinéa, fournit un argument très fort à l'appui de cette opinion. Aux termes de cette disposition, le privilège du vendeur ne s'exerce qu'a-

près celui du bailleur, à moins qu'il ne soit prouvé que le propriétaire avait connaissance que les meubles et autres objets garnissant sa maison n'appartenaient pas au locataire. Or, le privilège du créancier gagiste est de même nature que celui du bailleur : l'un et l'autre invoquent un privilège fondé sur l'idée de nantissement ; il faut donc dire que la preuve qui incombe au vendeur non payé à l'encontre du bailleur lui incombe également à l'encontre du créancier gagiste.

En outre, on peut encore faire au profit du gagiste les observations suivantes : il n'a consenti à devenir créancier qu'avec la garantie qui lui était offerte et il n'aurait point consenti à le devenir s'il avait pu penser que les choses qui lui étaient offertes en nantissement n'étaient pas libres de toutes charges ; le vendeur au contraire a suivi la foi de son acheteur, il a consenti à lui livrer à crédit avec les risques que cette situation pouvait comporter pour lui ; la chose aurait pu être tout aussi bien aliénée par l'acheteur, et son privilège aurait été éteint par la livraison faite au sous-acquéreur. C'est enfin, en droit commun, la règle qui est généralement suivie (1), et il n'y a pas dans notre matière de raison pour repousser cette règle.

145. — Nous avons vu *supra* n° 95 que les seules

(1) V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss., priv. et hypoth.*, t. I, n° 493.

marchandises ou objets mobiliers compris dans le nantissement étaient ceux dont le débiteur était propriétaire au moment de l'acte à l'exclusion de ceux qui étaient achetés ou fabriqués postérieurement.

Il pourra à cet égard s'élever entre le gagiste et le vendeur d'objets mobiliers une contestation sur le point de savoir si la livraison faite par celui-ci est antérieure ou postérieure à la passation de l'acte de nantissement. Nous estimons que c'est au créancier gagiste qui invoque son privilège, à en prouver l'étendue quant à l'objet auquel il s'applique (1).

146. — La situation du vendeur d'effets mobiliers non payé peut se trouver modifiée considérablement par la faillite ou la liquidation judiciaire du propriétaire du fonds. L'article 550 du Code de commerce décide en effet dans cette hypothèse que son privilège disparaît, et par suite le gagiste n'aura plus à redouter son concours.

Toutefois l'article 576 du Code de commerce autorise le vendeur à user du droit de revendication des marchandises par lui expédiées au failli tant que la tradition n'en a point été effectuée dans ses magasins ou dans ceux du concessionnaire chargé de les vendre pour le compte du failli. On peut se demander si le privilège du créancier gagiste qui frappe, nous l'avons

(1) V. *supra*, n° 96.

vu *supra* n° 95, même les marchandises en cours de route du moment qu'elles sont déjà devenues la propriété du titulaire du fonds et voyagent à ses risques et périls, ne paralyse pas ce droit de revendication. Nous pensons que s'il appartenait au vendeur de s'assurer, en consultant le registre au greffe, que la marchandise qu'il livrait, n'allait pas devenir le gage d'un créancier gagiste, il commet, en ne le faisant pas, une négligence dont il doit supporter les conséquences ; il n'aurait pu faire valoir aucun droit, s'il n'y avait pas eu faillite, contre le créancier gagiste ignorant du non paiement des marchandises ; la situation de celui-ci ne peut être modifiée par cette circonstance que la faillite est survenue (1).

147. — Enfin le créancier gagiste du fonds peut se trouver en concours avec d'autres créanciers gagistes dont le gage embrasse tout le fonds ou seulement un des éléments qui le composent.

Nous avons vu que cela était possible dans le droit commun (2), dans notre matière spéciale ce principe est encore plus certain, puisque le seul obstacle que cette combinaison pouvait rencontrer, à savoir la nécessité de mettre le gagiste en possession n'existe plus, et l'on peut ajouter que cette combinaison ne peut être vue

(1) Rapp. 27 avril 1853, D. 53, 4, 220.

(2) V. *supra* n° .

qu'avec faveur sous le régime de la loi du 1^{er} mars 1898 qui a entendu donner aux fonds de commerce toute la valeur de crédit que leurs propriétaires pouvaient en attendre.

148. — Comment va se régler ce concours ?

L'article 2097 du Code civil décide que les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang sont payés par concurrence. Or, pourrait-on dire, le privilège invoqué par deux ou plusieurs gagistes sur le même fonds découlant de la même disposition légale, le prix du fonds sera distribué entre eux en concours. Cette solution doit être complètement écartée.

La règle de l'article 2097 n'est applicable et encore sous certaines réserves (1), que pour les créanciers qui ne tiennent leur privilège que de la loi ; elle n'est point applicable au contraire aux créanciers gagistes qui tiennent leur privilège de la convention. Ce n'est pas à dire que le privilège du gagiste ne découle pas de la loi, mais il en découle en passant par la convention qui peut y apporter toutes les modifications compatibles avec l'ordre public. Or il n'est pas douteux que le créancier qui accepte le nantissement qui lui est offert sur une chose déjà engagée à un autre, entend n'être remboursé sur le prix de cette chose qu'après que le premier ga-

(1) V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss., privil. et hypoth.*, t. I, n° 783.

giste aura été remboursé lui-même : il y a là une convention entre le débiteur et le deuxième gagiste qui n'a rien que de licite, et qui, pouvant même demeurer ignorée du premier gagiste ne pourrait point être opposée à celui-ci en tant qu'elle préjudicierait à ses droits. Il faut donc décider, en règle générale, que la priorité entre deux gagistes doit être accordée à celui qui, le premier, a accompli les formalités qui étaient nécessaires pour rendre le gage valable à l'égard des tiers ; si, spécialement, le gage porte sur un objet mobilier, la priorité appartient à celui qui, ayant passé régulièrement l'acte de nantissement, s'est fait mettre en possession par lui ou par un tiers convenu.

Cette règle nous conduit à décider, en ce qui concerne les fonds de commerce, que la priorité doit être accordée à celui qui a pris inscription le premier. Les deux gagistes sont, en effet, des tiers à l'égard l'un de l'autre, et ce n'est que par l'inscription que leur nantissement respectif peut valoir à leur encontre (1).

L'inscription du privilège du gagiste du fonds nous apparaît donc, de même que l'inscription hypothécaire, comme produisant au point de vue du droit de préférence un double effet : d'une part, elle rend ce droit de préférence opposable aux autres créanciers ; d'autre part, elle sert à déterminer le rang entre créanciers gagistes.

(1) V. *supra*, n° 432.

149. — Ici une question très délicate va se présenter. Il peut se faire que deux gagistes prennent inscription le même jour au greffe du tribunal de commerce ; en ce cas comment se réglera la priorité entre eux ?

L'article 2147 du Code civil a prévu cette situation en cas de concours d'inscriptions prises le même jour par des créanciers hypothécaires ; il décide que ces créanciers viendront en concurrence et au même rang, sans qu'il y ait lieu de faire aucune distinction à raison de l'ordre des inscriptions. Mais c'est là une dérogation à la règle *prior tempore potior jure* qui constitue le droit commun en matière hypothécaire, comme en notre matière spéciale, ainsi que nous venons de le voir. Nous ne croyons donc pas que dans le silence de la loi du 1^{er} mars 1898 il soit possible de faire l'application de cette disposition exceptionnelle au nantissement des fonds de commerce.

C'est en ce sens que la doctrine et la jurisprudence se prononcent généralement, en cas de concours de transcriptions opérées le même jour, ou encore en cas de concours de transcriptions et d'inscriptions hypothécaires (1). La règle du droit commun continuant à s'appliquer, il faut donc dire qu'entre créanciers gagistes ayant opéré leur inscription le même jour, la priorité sera accordée à celui qui aura fait inscrire le premier.

(1) V. notamment : Cass. 27 novembre 1893 (*Gaz. Pal.* 1894, 1, 30, S. 1894, 1, 383) ; Riom, 23 novembre 1898 (*Gaz. Pal.* 1898, 2, 614) ; Trib. civ. Saint-Sever, 16 décembre 1898 (*Gaz. Pal.* 1899, 1, 140).

Le juge devra pour baser sa conviction tenir compte de toutes les circonstances et présomptions qui sont pour lui de nature à militer en faveur de l'antériorité de l'une ou de l'autre. Notamment le greffier tient un registre sur lequel il inscrit les unes à la suite des autres les inscriptions qui sont requises : il y aura de grandes probabilités pour que l'inscription qui figure avant l'autre ait été effectuée la première, autrement il faudrait supposer que le greffier a laissé sur son registre un blanc pour y insérer une inscription requise ultérieurement. Cette présomption s'impose avec d'autant plus de force que le registre tenu par le greffier, officier public ayant reçu mission expresse de la loi à cet égard, constitue un acte authentique (1).

Nº 3. — *Du droit de suite.*

150. — Le droit de suite permet au créancier de suivre son gage entre les mains du détenteur quel qu'il soit pour assurer son remboursement. Il faut donc supposer que le propriétaire du fonds a consenti au profit d'un tiers l'aliénation soit du fonds de commerce dans son ensemble soit d'un des éléments qui le composent ; le créancier gagiste entre en conflit avec ce tiers qui se

(1) On décide généralement que les énonciations d'un acte authentique font foi tout aussi bien à l'égard des tiers qu'à l'égard des parties. — V. notamment : Amiens, 28 avril 1869 (S. 1870, 2, 454, D. 1871, 2, 53).

prévaut d'un droit de propriété par lui acquis sur le fonds, et il est autorisé à lui tenir le langage suivant : « Vous détenez mon gage, la loi me donne le droit de le poursuivre entre vos mains, je ne vous attaque pas personnellement, mais seulement en tant que détenteur de mon gage. »

Il résulte de ces principes que par tiers détenteur, il faut entendre toute personne qui détient tout ou partie du fonds grevé du nantissement sans être obligé personnellement envers le créancier au paiement de la dette, par exemple l'acheteur ou le donataire du fonds.

151. — Le droit de suite étant dirigé contre les tiers, la condition primordiale exigée pour que le créancier gagiste d'un fonds soit admis à l'invoquer, c'est qu'il ait pris régulièrement l'inscription prévue par la loi du 1^{er} mars 1898. Les tiers seront donc exposés à l'action du gagiste dès que l'aliénation qui leur aura été consentie sera postérieure à la date de l'inscription, c'est à partir de cette date seulement que le nantissement existe à leur encontre, et par suite l'action en revendication ne saurait les atteindre encore qu'ils aient connu l'acte de nantissement qui a été passé, si à ce moment ledit nantissement n'était point inscrit régulièrement.

Lorsque le créancier gagiste du fonds se trouve en présence d'un tiers qui détient le fonds dans son ensemble.

152. — Nous avons déjà dit, que le droit de suite apparaissait dans notre matière spéciale du nantissement des fonds de commerce avec une vertu toute spéciale qu'il n'a pas en général à l'encontre du tiers qui possède l'objet mobilier sur lequel porte le gage (1).

En effet, lorsque le gage porte sur un objet mobilier, le tiers détenteur est en droit d'invoquer les fins de non recevoir tirées des articles 2279 et 2280 du Code civil, c'est-à-dire que s'il est de bonne foi la possession lui donne ou bien instantanément le droit de repousser l'action dirigée contre lui, ou bien au bout de trois ans le droit d'invoquer la prescription lorsque l'objet du gage a été perdu ou volé. Mais ces fins de non recevoir ne peuvent être invoquées à l'encontre du créancier gagiste d'un fonds, car encore bien que le fonds soit de nature mobilière, il constitue d'une part un meuble incorporel et d'autre part une universalité de meubles. Or les dispositions des articles 2279 et 2280 ne sont point applicables aux biens de cette nature, elle ne s'applique qu'aux meubles corporels (2) et aux meubles pris individuellement (3). La seule prescription qui pourrait être opposée au créancier gagiste est la prescription de trente ans qui est la règle lors-

(1) V. *supra*, n° 118.

(2) V. la note sous le n° 118.

(3) V. en ce sens : Aubry et Rau, 5^e éd., t. II, § 183, p. 131 et S. ; Laurent, t. XXXII, n° 545 et 565 ; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescript.* n° 839 ; Demolombe, t. XXIV, n° 487.

que le législateur n'en a point édicté de plus courte, et ainsi on peut dire que si le créancier gagiste d'un fonds ne jouit point du droit de rétention, cette garantie qui lui fait défaut, est avantageusement remplacée par l'efficacité des moyens dont il dispose pour l'exercice de son privilège.

Si au contraire le créancier gagiste se trouve en présence d'un tiers qui possède un des éléments corporels du fonds, c'est-à-dire les marchandises ou le matériel d'exploitation, il peut se voir opposer la fin de non recevoir tirée de l'article 2279.

153. — Comment s'exerce le droit de suite ? Le droit de suite se réalise dans la pratique par l'exercice d'une *action réelle*, l'action pignoratitia qui présente avec l'*action hypothécaire* de grandes analogies.

154. — Mais, il ne faut point oublier, que le droit du créancier gagiste, quelque ressemblance qu'il offre avec celui du créancier hypothécaire, n'est point un droit hypothécaire, et nous en concluons encore ici, qu'un certain nombre de règles, qui auraient pu cependant être étendues, avec avantage, au nantissement des fonds de commerce, ne s'appliqueront pas : ce sont celles qui peuvent être considérées comme des dispositions exceptionnelles, et qu'à défaut de textes on n'aurait pas pu mettre en œuvre contre le tiers détenteur en matière hypothécaire.

Rappelons donc sommairement comment s'exerce le droit de suite en matière de privilèges sur les immeubles et d'hypothèques, pour voir ensuite quelles sont parmi ces règles celles dont nous pourrions faire l'application à notre matière.

Le tiers détenteur actionné en cette qualité par un créancier hypothécaire peut choisir entre trois moyens qui lui sont offerts d'échapper à l'expropriation qui le menace, il peut en premier lieu payer intégralement la dette à laquelle l'immeuble est affecté, il peut en second lieu, si le paiement des charges hypothécaires lui paraît désavantageux, exercer la purge des hypothèques, c'est-à-dire offrir aux créanciers une somme égale à celle de son prix d'acquisition à répartir entre ceux-ci par voie d'ordre s'ils acceptent cette offre ; enfin il peut en dernier lieu, n'étant tenu envers les créanciers hypothécaires qu'à raison de sa détention, délaisser, c'est-à-dire abandonner la détention de l'immeuble. Le tiers détenteur est mis en demeure d'opter entre ces trois solutions au moyen d'une sommation de payer ou de délaisser, et à défaut par lui d'exercer cette option, la procédure d'expropriation est suivie contre lui. Ajoutons que le tiers détenteur peut, au début de la procédure suivie contre lui, opposer à certains créanciers hypothécaires l'exception de discussion (*beneficium excussionis realis* du droit romain), c'est-à-dire demander que le créancier hypothécaire poursuive son paiement sur d'autres immeubles également affectés à sa créance et restés entre

les mains du débiteur ; ou bien encore il faut opposer l'exception de garantie si le créancier qui exerce l'action hypothécaire est tenu personnellement à la garantie envers lui, par exemple en qualité d'héritier du vendeur de l'immeuble.

155. — Le créancier gagiste d'un fonds de commerce commencera sa procédure contre le tiers détenteur par une sommation de délaisser, à moins que celui-ci n'aime pas mieux payer. Il est certain, en effet, que le tiers détenteur ayant acquis la propriété par l'aliénation qui lui a été régulièrement consentie, a le droit de conserver cette propriété, à condition d'acquitter les charges qui la grèvent, il peut donc payer le créancier gagiste et, échapper ainsi à la dépossession dont il était menacé. Le créancier gagiste ne peut refuser le paiement qui lui est offert, alors du moins qu'il comporte le remboursement de sa créance régulièrement inscrite en principal, intérêts et frais, et si le créancier gagiste refusait cette offre, le tiers détenteur pourrait le contraindre à l'accepter en la faisant reconnaître valable et satisfactoire en justice par la procédure des offres réelles et de la consignation (art. 1257 et s. Code civ.)

Si le tiers détenteur trouve que le paiement de la créance du gagiste est trop onéreux pour lui, il peut délaisser, c'est là le second terme de l'option qui lui appartient.

Mais là se borne le droit du tiers détenteur, il ne

pourrait pas procéder contre le créancier gagiste par la procédure de la purge, c'est-à-dire offrir à celui-ci et aux autres gagistes, s'il y a lieu, le montant de son prix d'acquisition et les mettre en demeure d'accepter ou de refuser et dans ce dernier cas de provoquer une vente aux enchères publiques. C'est là une procédure spéciale, créée par le législateur en matière hypothécaire et qu'on ne peut transporter dans notre domaine en l'absence de texte spéciale.

156. — Si le tiers détenteur refuse d'opter entre les deux moyens qui lui sont offerts, le créancier gagiste s'adressera au juge pour le faire expulser.

Mais il faut remarquer que ces deux modes de procéder contre le tiers détenteur n'auront point pour effet de dépouiller celui-ci de son droit de propriété. De même que le délaissement en matière hypothécaire n'a pour but que l'abandon de la détention par le détenteur, de même, en notre matière, le délaissement volontaire *ou forcé* n'affecte que la détention matérielle du fonds.

De là il faut conclure que pour exercer les droits qu'il tient des articles 2078 du Code civil et 93 du Code de commerce, c'est-à-dire pour réaliser le gage soit en le gardant en paiement jusqu'à due concurrence, soit en le vendant aux enchères, le créancier gagiste doit, en s'adressant au juge, mettre en cause non seulement son débiteur, mais encore le tiers détenteur. Vainement

alors, celui-ci soutiendrait-il que son titre d'acquisition doit lui assurer la conservation de la propriété tant qu'il n'est point intervenu entre son vendeur et lui un jugement ou un acte prononçant l'annulation ou la résolution de son acquisition : le tiers détenteur n'a pas plus de droits que n'en avait son aliénateur dont il est l'ayant cause, et par conséquent le créancier gagiste peut, pour le faire déchoir de son droit de propriété, se servir contre lui des mêmes moyens dont il pouvait se servir contre son débiteur lui-même.

Le créancier gagiste peut même après avoir fait reconnaître en justice son droit à l'encontre du tiers détenteur et huit jours après la signification faite au débiteur, conformément à l'article 93 du Code de commerce lorsque le nantissement du fonds a le caractère commercial, faire procéder à la vente publique aux enchères en dehors de toute autorisation de justice, et dans ce cas il suffira pour que le tiers détenteur soit définitivement déchue de tout droit de propriété comme son aliénateur lui-même, que la vente ait été suivie contre lui en même temps que contre son auteur.

157. — La procédure suivie dans ces conditions aura pour effet d'anéantir non seulement le droit de propriété du tiers détenteur, mais encore les aliénations qui pourraient avoir été faites par celui-ci au profit de sous-acquéreurs et les droits réels consentis par lui sur le fonds comme par exemple la dation en gage du fonds

à des tiers. Tous ces droits n'ont pu être acquis que grevés du droit du créancier gagiste originaire et ils étaient soumis à la condition que celui-ci serait payé par son débiteur à l'échéance de la dette et ne serait point obligé de réaliser le gage pour obtenir son remboursement.

158. — Quant à la procédure à suivre pour parvenir à la réalisation du gage, nous en avons parlé plus haut, et nous rappelons seulement que la loi n'a organisé aucune procédure pour parvenir à la vente forcée des fonds de commerce.

159. — Le tiers détenteur d'un fonds de commerce peut-il au début de la procédure suivie contre lui par le créancier gagiste, opposer à celui-ci l'exception de discussion et l'exception de garantie qui appartiennent au créancier hypothécaire ?

Pour l'exception de discussion, il faut répondre non, sans aucune hésitation. C'est là encore une procédure exceptionnelle édictée en matière hypothécaire pour permettre au tiers-détenteur d'échapper à ce que la poursuite exercée contre lui a d'injuste lorsque le créancier peut exercer son droit hypothécaire sur d'autres immeubles demeurés entre les mains de son débiteur (art. 2170 Code civ.). Cette exception ne peut être transportée dans notre domaine.

Pour l'exception de garantie, au contraire, il faut ré-

pondre oui. Elle ne repose point sur un texte spécial applicable au régime hypothécaire, mais sur le principe général du droit : qui doit garantir ne peut évincer (quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exctio). On peut supposer par exemple que le créancier gagiste est devenu héritier du vendeur du fonds. Il ne peut plus contraindre le tiers détenteur à payer ou à délaisser, car en sa qualité d'héritier du vendeur il doit garantir ledit tiers détenteur de toute éviction, éviction à laquelle tend précisément l'action du gagiste contre le détenteur.

Nº 4. — *Autres droits du créancier.*

160. — En dehors des trois droits qui appartiennent au créancier gagiste du fonds, et que nous venons de passer en revue, il faut reconnaître à celui-ci tous les droits généraux qui appartiennent aux autres créanciers, particulièrement le droit d'exercer les droits et actions de leur débiteur, propriétaire du fonds (art. 1166 Code civ.) par exemple de poursuivre le paiement du prix de la vente du fonds de commerce consentie par le débiteur à un tiers, et le droit de poursuivre la nullité des actes consentis par leur débiteur en fraude de leurs droits, c'est-à-dire l'action paulienne (art. 1167 Code civ.).

L'action paulienne constituera souvent un excellent moyen pour permettre au créancier gagiste de pour-

suivre la nullité de l'aliénation du fonds consentie à un tiers et le faire ainsi rentrer dans le patrimoine du débiteur sans avoir à recourir au droit de suite. Mais il faut pour cela que l'aliénation ait été consentie par le débiteur pour créer ou augmenter son insolvabilité, il faut en outre prouver la mauvaise foi du tiers, lorsque l'aliénation a eu lieu à titre onéreux.

SECTION VI

EXTINCTION DU NANTISSEMENT.

161. — La loi n'a édicté aucune règle spéciale concernant l'extinction du nantissement, il est pourtant intéressant de passer en revue les différentes causes d'extinction qui pourraient survenir pour le nantissement des fonds de commerce.

Cette extinction peut avoir lieu de deux façons : par voie de conséquence ou par voie principale.

§ 1er. — Extinction par voie de conséquence.

162. — Le nantissement est destiné à assurer le paiement de la créance dont il est l'accessoire, et par suite

il va de soi que l'extinction de la créance emporte l'extinction du nantissement, par application de la règle : *accessorium sequitur principale*.

Toutefois il faut que l'extinction de la créance soit totale pour que ce résultat se produise ; l'objet du gage est indivisible aux termes de l'article 2083 du Code civil et chacune de ses parties est affectée à la totalité de la dette, comme chaque partie de la dette est garantie par l'objet tout entier du gage. Le nantissement subsiste donc pour le tout, tant que le créancier gagiste n'est point entièrement désintéressé en principal, intérêts, et frais du montant de sa créance.

163. — Le principe que l'extinction de la créance entraîne l'extinction du nantissement reçoit son application de quelque manière que la créance s'éteigne. Ainsi l'extinction du nantissement aura lieu lorsque la créance s'éteint par le paiement proprement dit, par la novation ; par la remise de la dette, par la dation en paiement, par la confusion, par la compensation, par la nullité ou rescision prononcée de l'obligation, par la condition résolutoire accomplie, par la prescription, par le mutuel dissentiment. Toutes ces hypothèses n'offrent aucune observation particulière à présenter, c'est l'application pure et simple des règles du droit commun.

§ II. — Extinction par voie principale.

164. — L'extinction du nantissement par voie principale a lieu par la renonciation du créancier gagiste à la sûreté qui lui a été conférée, par la prescription, par la perte ou la disparition du fonds de commerce, par le défaut d'inscription du nantissement en temps utile, voir *supra* n° 133, par la confusion résultant de la réunion sur la même tête de la qualité de créancier gagiste et de celle de propriétaire du fonds grevé du nantissement.

N° 1. — Renonciation du créancier gagiste.

165. — Pour pouvoir renoncer au nantissement, il faut que le créancier gagiste ait la capacité de disposer de la créance qu'il garantit.

Aucune forme particulière n'est requise pour la validité de la renonciation ; il n'est même pas nécessaire que la volonté du créancier de renoncer à son nantissement soit manifestée expressément ; une renonciation tacite suffit.

166. — On ne saurait énumérer tous les actes desquels il est possible d'induire qu'il y a eu de la part du créancier, renonciation tacite à son nantissement ; c'est

là une question d'appréciation qui est abandonnée à l'examen souverain du juge. Tout au plus, peut-on rappeler que le juge, dans son examen doit observer la règle en vertu de laquelle les renonciations ne se présument pas et ne doivent être interprétées que très restrictivement.

A ce propos, une observation intéressante doit être faite. Dans le droit commun, en vertu de l'article 2076 du Code civil pour que le gage subsiste, il faut que le créancier reste en possession de l'objet ; dès que cet objet sort de ses mains, soit par une convention, soit par une livraison, le créancier doit être considéré comme ayant renoncé à son privilège (1), et spécialement il a été jugé en matière de nantissement de fonds de commerce, avant la loi du 1^{er} mars 1898, que le créancier gagiste perd son privilège s'il a perdu la possession fictive par la remise, à l'acquéreur du fonds, du bail des lieux loués dont il était détenteur (2).

La loi nouvelle ayant supprimé la nécessité de la mise en possession du créancier lorsque le nantissement porte sur un fonds de commerce, il en résulte que l'on ne peut se prévaloir contre lui d'aucune renonciation résultant d'un abandon de la possession.

(1) V. en ce sens : Rouen, 7 juin 1875 (S. 1876, 2, 38) ; Douai, 26 janvier 1893 (S. 1893, 2, 233) ; Cass. 9 avril 1894 (D. 1894, 4, 409) ; Sic : Guillouard, *Nantiss.*, n° 98 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss., privil. et hypoth.*, t. I, n° 83 ; Boistel, note au Dalloz, 1894, 4, 409.

(2) V. en ce sens : Paris, 26 février 1895 (S. 1897, 2, 89).

On a soutenu (1) que le créancier gagiste d'un fonds de commerce doit être considéré comme ayant perdu son privilège lorsqu'il a connu la vente amiable faite par le débiteur sans protester immédiatement. Cette opinion est basée sur ce que le créancier, malgré la loi du 1^{er} mars 1898, continue à avoir la possession fictive du fonds et qu'il ne peut aux termes de l'article 2102 2^o du Code civil exercer son privilège que sur le gage *dont il est saisi*. Nous ne pensons pas que cette opinion soit exacte et que l'on puisse soutenir que ce défaut de protestation constitue une renonciation tacite au nantissement. Il n'y a point dans notre hypothèse, comme nous le disons plus haut, de mise en possession, et le débiteur demeuré propriétaire peut aliéner et livrer le fonds à un tiers sans que le créancier gagiste soit en droit de s'y opposer, sinon par l'exercice d'actions (action en nullité ou *action réelle*) dont la durée est fixée à 30 ans ; le créancier a donc tout ce délai pour délibérer sur le parti qu'il entend prendre et on ne peut arbitrairement l'abréger sous prétexte d'une renonciation tacite qui n'est point conforme à son intention et qui lui porterait un sérieux préjudice (2). Nous pensons,

(1) V. Montier : *Des nantiss. de fonds de com.*, n^o 110 et s., p. 81 et s.

(2) V. en ce sens : Trib. civ. Rouen, 25 juillet 1899 (*Gaz. Pal.* 1899, 2, 382) :

« Attendu, dit ce jugement, que les consorts D soutiennent que T a perdu son privilège par la vente amiable qui a été faite des objets donnés en nantissement alors que l'article 93 du Code de commerce exige que la vente n'en soit faite que publiquement ; — Attendu que

pour notre part, que le créancier gagiste ne peut être considéré comme ayant subitement renoncé à son privilège, en cas de vente amiable du fonds par le débiteur que s'il y a concouru ou s'il y a formellement consenti.

Mais encore ici, en vertu de la règle que les renonciations doivent être interprétées restrictivement, nous pensons que dans l'hypothèse où la renonciation s'induit de la participation du créancier à l'aliénation du fonds grevé de son droit réel, on doit décider que cette renonciation n'affecte que le droit de suite et laisse subsister le droit de préférence. C'est en ce sens que

cette exigence est corrélative à la mise en possession du créancier ou d'un tiers convenu laquelle était prescrite par des textes qui ne peuvent recevoir en la cause aucune application, qu'elle ne se conçoit plus dans l'hypothèse prévu par la loi de 1898 laquelle est exclusive de cette mise en possession ; — Attendu sans doute que le créancier gagiste eut pu critiquer la vente amiable faite par le débiteur de son fonds de commerce, mais que nul ne peut se substituer à lui pour formuler cette critique s'il considère la vente comme satisfaisante, que dès lors son privilège a survécu à cette vente comme il eût survécu à la vente publique dans le cas où la loi l'exige et qu'il est en droit de l'exercer sur les deniers provenant de la réalisation amiable. »

V. également dans le même sens : Trib. com. Rouen, 13 juillet 1900 (*Gaz. Pal.* 1900, 2) :

« Attendu, dit ce jugement, que le syndic de la faillite Pognon soutient encore que Basset (créancier gagiste) aurait perdu son privilège en laissant vendre son gage sans protestation ; — Attendu, tout d'abord, qu'il appert des renseignements fournis aux débats que, contrairement aux allégations du syndic, Basset n'a point cessé de s'intéresser et surveiller la réalisation de son gage ; — Attendu qu'on ne saurait équitablement admettre qu'on puisse se prévaloir du fait du versement

la doctrine se prononce en matière de privilège et d'hypothèques (1).

Dans certains cas, si le fonds de commerce était grevé de plusieurs nantissemens successifs, on pourrait même décider, dans le doute, que la renonciation d'un créancier gagiste préférable en rang à un autre, doit être considérée comme impliquant plutôt une cession de priorité qu'une véritable renonciation à son nantissement. Il en serait ainsi par exemple, de l'acte par lequel le créancier gagiste participerait à la constitution par le débiteur d'un droit de nantissement au profit d'un autre créancier. La question a été résolue également en ce sens par la doctrine en matière hypothécaire (2).

effectué aux mains du syndic *ès* qualités par M^e Guérin, notaire, du produit de la vente du fonds Pognon pour soutenir que les droits de Basset soient annulés ; — Attendu que le gage a été régulièrement constitué par le fait de la publicité prescrite ; que le privilège suit le gage partout où il se trouve avant comme après la réalisation ; — Attendu que c'est encore en vain qu'on voudrait tirer argument de ce que le contrat de nantissement prévoyait le mode de réalisation ; que cette clause ne constituait pour Basset qu'une faculté qu'il avait le droit d'exercer ou non ; — Attendu que dans l'espèce c'est aussi en vain qu'on voudrait assimiler la situation de Basset à celle du bailleur qui laisserait disparaître son gage, qu'il appert qu'aucune prescription de la loi ne lui imposait cette formalité ; qu'il ne peut être l'objet d'une déchéance qui n'existe dans aucune loi ; qu'il faut donc dire qu'il n'a pas perdu son privilège de ce fait.... »

(1) V. en ce sens : Laurent, t. XXXI, n^o 377 ; Aubry et Rau, t. III, § 292, p. 491 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss., privil. et hypoth.*, t. III, n^o 2262 ; P. Pont, *Privil. et hypoth.*, t. II, n^o 1237.

(2) V. en ce sens : Aubry et Rau, t. III, § 292, p. 491 ; Baudry-Lacan-

167. — On peut se demander si la renonciation du créancier gagiste à son nantissement doit être considéré comme un acte unilatéral, valable par conséquent sans le concours de ceux à qui elle doit profiter, ou si au contraire elle doit être considérée comme une convention, ne devenant parfaite par conséquent qu'à la suite d'un accord de volonté des parties. La question présente cet intérêt que suivant que l'on accepte la première ou la seconde de ces opinions, il faudrait reconnaître ou non au créancier le droit de se rétracter tant que son offre de renoncer n'a point été acceptée. Nous pensons que la renonciation doit être interprétée comme une convention intervenue entre les parties et que par conséquent elle n'est parfaite que lorsque le débiteur a manifesté expressément ou tacitement son intention de s'en prévaloir. Le nantissement est né par l'accord de volontés des parties, il ne peut disparaître, en dehors des modes résultant directement de la loi, que par une convention contraire un *mutuus dissensus* produisant l'effet d'une véritable remise de dette. La loi assigne, il est vrai, un caractère différent à la renonciation à succession; mais on ne peut raisonner par analogie de cette hypothèse; celui qui renonce à une succession n'a en vue qu'un acte purement personnel destiné à l'affranchir de l'obligation au paiement des

tinerie et de Loynes, *Nantiss., privil. et hypoth.*, t. III, n° 2262; P. Pont, *Privil. et hypoth.*, n° 1238; Laurent, t. XXXI, n° 378.

dettes et qui n'a point pour but l'avantage d'une personne déterminée (1).

Nº 2. — *Prescription.*

168. — La prescription du nantissement doit être envisagée dans les rapports du créancier gagiste avec le débiteur et dans ses rapports avec le tiers détenteur du fonds donné en gage, suivant que le fonds se trouve être en la possession du débiteur ou d'un tiers.

169. — *1^{re} hypothèse.* — Le fonds grevé du nantissement est entre les mains du débiteur.

Dans ce cas; la prescription du nantissement est liée à la prescription de la créance; tant que la créance échappe à la prescription, le nantissement qui en est l'accessoire y échappe également; mais dès que la créance est éteinte par la prescription, le nantissement se trouve éteint du même coup. C'est là une application du principe que nous avons vu plus haut, que le nantissement s'éteint par voie accessoire en cas d'extinction de la créance qu'il garantit (2).

(1) La jurisprudence s'est cependant prononcée en sens contraire de notre opinion en matière de renonciation à hypothèque : Bourges, 20 février 1832 (S. 1832, 2, 645, D. 1835, 2, 414) ; Cass. 19 nov. 1835 (S. 1836, 1, 145, D. 1855, 1, 175).

(2) L'article 2180 4º 2º alinéa du Code civ. a édicté formellement cette règle en matière de prescription des privilèges et hypothèques.

170. — 2^e hypothèse. — Le fonds grevé du nantissement est entre les mains d'un tiers détenteur.

Dans ce cas, la prescription du nantissement devient complètement indépendante de la prescription de la créance ; il y a deux prescriptions à considérer ayant chacune leurs règles propres : la prescription de la créance et la prescription du nantissement. Sans doute, si la créance se trouve éteinte par la prescription, le nantissement sera également éteint par voie de conséquence, mais la réciproque n'est pas vraie et il pourra très bien se faire que le nantissement soit éteint par la prescription, la créance subsistant encore. Il suffit pour cela de supposer que le créancier gagiste a interrompu la prescription extinctive de la créance par des actes de poursuite exercés contre le débiteur principal, négligeant d'exercer en même temps l'*action réelle* contre le tiers détenteur. Tous ces principes ne sont que l'application du droit commun et l'article 2180, 4^o, 3^e alinéa du Code civil en fait l'application en matière de privilèges et d'hypothèques.

171. — On reconnaît généralement que la prescription qui, tout en laissant subsister la créance, s'attaque à l'hypothèque ou au privilège qui en garantissait le paiement constitue une prescription acquisitive (1) ; les

(1) V. en ce sens : P. Pont, *Privil. et hypoth.*, t. II, n^o 1248 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss., privil. et hypoth.*, t. III,

mêmes raisons de décider conduisent à une solution identique en ce qui concerne la prescription du nantissement. Il faut en conclure que pour que la prescription puisse courir au profit du tiers détenteur, il faut que sa possession remplisse les conditions requises par l'article 2229 du Code civil.

172. — Au point de vue de la durée, l'action du créancier gagiste contre le tiers détenteur et l'action personnelle contre le débiteur se prescrivent par le même laps de temps à savoir par trente ans. On reconnaît en effet généralement que les meubles incorporels ne s'acquièrent par la prescription qu'à l'expiration d'un délai de trente ans (1); la prescription de dix ou vingt ans de l'article 2265 ne sera donc jamais applicable, en admettant même que le tiers détenteur ait juste titre et bonne foi.

173. — Cette prescription de trente ans est d'ailleurs susceptible d'être suspendue ou interrompue, conformément aux règles du droit commun (art. 2242 et s. ; 2251 et s. Code civ.). L'article 2180 *in fine* du Code civil édicte à cet égard une règle qui devrait être trans-

n° 2274; Laurent, t. XXXI, n° 389 et s.; Colmet de Santerre, t. IX, n° 164^{bis}, II; et *contra* : Aubry et Rau, 5^e édit., t. II, § 210, p. 475, note 4.

(1) V. en ce sens : Cass. 9 avril 1834 (*P. Chr.*) ; sic : Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescript.*, n° 651 et s.

portée en notre matière, car elle n'est que l'application du droit commun ; il décide que les inscriptions prises par le créancier n'interrompent pas le cours de la prescription établie par la loi en faveur du débiteur ou du tiers détenteur. C'est, disons-nous, conforme à la théorie générale sur l'interruption de la prescription ; en effet, la prescription acquisitive ne peut être interrompue que par la dépossession effective du possesseur pendant un certain temps, ou par une interpellation par citation en justice, commandement ou saisie, c'est-à-dire par des actes qui ne permettent pas au possesseur de douter qu'un tiers a l'intention de faire échec à sa possession ; l'inscription prise au greffe du tribunal de commerce n'a certainement pas ce caractère, elle peut être requise à l'insu du tiers détenteur et demeurer entièrement ignorée de lui.

Au surplus il n'est pas très facile de voir comment cette hypothèse pourra se présenter avec un caractère pratique, car de deux choses l'une, ou bien le créancier avait pris inscription avant l'aliénation consentie par le débiteur au tiers détenteur et alors on ne voit pas quel intérêt il aurait à prendre une autre inscription ultérieurement, ou bien il n'avait pas pris inscription au jour de cette aliénation et alors le tiers détenteur est d'ores et déjà en droit de considérer le nantissement comme inexistant vis-à-vis de lui.

N^o 3. — *Perte du fonds de commerce.*

174. — Le fonds de commerce est essentiellement sujet à dépérissement; il peut par suite d'une mauvaise gestion ou de raisons économiques les plus variables arriver à n'avoir plus aucune valeur; la vente publique qui en est faite peut n'amener aucun acquéreur; dans tous ces cas le nantissement disparaît avec l'objet même sur lequel il porte.

175. — Ici une question intéressante est de nature à se poser. Les éléments corporels compris dans le fonds de commerce ont, nous le supposons, été détruits par un incendie ou par un autre événement contre lequel il avait été assuré par le débiteur, le droit du créancier gagiste s'étendra-t-il aux indemnités que l'assureur peut être tenu à payer? Nous croyons que l'affirmative ne peut faire aucun doute. Elle s'impose certainement dans l'hypothèse où le créancier a pris la précaution de se faire céder éventuellement les indemnités d'assurance qui pourraient être dues à son débiteur. Nous croyons qu'elle s'impose aussi, même dans l'hypothèse où le créancier gagiste a négligé de prendre cette précaution. L'article 2 de la loi du 19 février 1889 stipule en effet de la façon la plus générale : « Les indemnités dues par suite d'assurances..... sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse,

aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang. »

Cette indication des créanciers privilégiés comprend certainement les créanciers gagistes (1).

N° 4. — *Défaut d'inscription du nantissement en temps utile.*

176. — Le défaut d'inscription du nantissement peut avoir pour conséquence son extinction ; il suffit pour cela de supposer que le débiteur a aliéné la propriété du fonds donné en gage avant que le créancier gagiste ait pris la précaution de prendre son inscription au greffe. Dans le conflit qui va s'élever entre le créancier gagiste et le tiers détenteur, nous avons vu que ce dernier devait l'emporter, et que le nantissement serait comme inexistant à son égard.

On peut donc encore supposer que le débiteur a donné son fonds en gage à d'autres créanciers qui, eux, ont pris la précaution de le faire inscrire au greffe ; le créancier gagiste, premier nanti, n'en conserve pas moins le droit de prendre son inscription, mais il ne pourra opposer son droit, bien qu'antérieur à celui de ses concurrents à ceux-ci.

Enfin nous avons vu (2), que la faillite ou la liquidation judiciaire du débiteur survenant, mettrait obstacle

(1) V. en ce sens : Darras et Tarbouriech, *De l'attribution en cas de sinistre des indemnités d'assurances*, n° 46 et s.

(2) V. *supra*, n° 89.

à la prise de l'inscription ; nous nous contentons à cet égard de renvoyer à ce que nous avons dit plus haut.

N^o 5. — *Confusion résultant de la réunion sur la même tête de la qualité de créancier gagiste et de celle de propriétaire du fonds grevé de nantissement.*

177. — Cette situation n'a pas à proprement parler pour conséquence l'extinction du nantissement ; le droit du créancier gagiste est beaucoup plutôt paralysé qu'éteint ; il ne peut en effet exercer les droits de créancier gagiste contre lui-même.

Mais si un conflit avec d'autres créanciers gagistes inscrits sur le fonds fait apparaître pour lui un intérêt à invoquer son droit de nantissement, il pourra le leur opposer ; c'est ainsi qu'il sera admis à prendre sa part à son rang d'inscription dans la distribution du prix du fonds.

178. — Enfin, on pourrait dire encore que le nantissement s'éteint par la résolution du droit de propriété appartenant au constituant, alors du moins que cette résolution s'opère avec effet rétroactif. Mais il est plus exact de dire en ce cas que le nantissement n'a jamais eu d'existence, par la raison que le constituant est réputé n'avoir jamais été propriétaire. Aussi avons-nous examiné plus haut (1) à la section où il est traité

(1) V. *supra*, nos 54 et 55.

des conditions requises pour constituer un nantissement de fonds de commerce, les questions très délicates qui peuvent s'élever à ce sujet.

§ III. — De la radiation des inscriptions.

179. — Nous avons réservé pour la traiter à la fin de cette section la question de savoir si les inscriptions pouvaient être radiées. La radiation devrait être, en effet la conséquence nécessaire de l'extinction du nantissement ; elle devrait aussi pouvoir être requise dans les cas où l'inscription a été faite sans être fondée ni sur la loi, ni sur un titre ou encore lorsqu'elle l'a été en vertu d'un titre irrégulier.

180. — Le législateur qui a pris soin de régler d'une façon très complète toutes les dispositions relatives à la radiation des inscriptions en matière hypothécaire (art. 2157 et s. Code civ.), n'a édicté aucune règle en matière d'inscription de nantissement des fonds de commerce. Doit-on en conclure que la radiation ne devait pas avoir lieu ?

Nous ne le pensons pas : ce serait par trop contraire aux désirs du législateur de la loi du 1^{er} mars 1898 qui a voulu précisément développer le crédit en matière commerciale et non point le restreindre.

Toutefois, il ne faudrait pas se contenter de trans-

porter purement et simplement dans notre titre du nantissement des dispositions qui ont été faites en vue du régime hypothécaire et qui ont un caractère exceptionnel. Il faut rechercher si en droit commun, le greffier qui est tenu en vertu d'une injonction qu'il reçoit de la loi de procéder à l'inscription ne pourrait pas aussi être contraint à opérer la radiation devenue nécessaire pour rendre au fonds de commerce toute sa valeur de crédit.

La loi a prévu au titre des privilèges et hypothèques, deux espèces de radiation : la radiation volontaire et la radiation judiciaire ou forcée ; la première est consentie par le créancier, la seconde est ordonnée par la justice.

Nous ne croyons pas que le greffier du tribunal de commerce ait l'obligation de procéder à la radiation sur le vu d'un acte de mainlevée consenti par le créancier ; il aurait le droit de répondre que la loi du 1^{er} mars 1898 ne lui a point imposé cette obligation. Il ne pourrait donc jamais être question en notre matière que d'une radiation ordonnée par le juge, et nous ne voyons pas de raison sérieuse pour ne point autoriser la partie qui y a intérêt à citer à fin de radiation le greffier du tribunal de commerce en même temps que le créancier gagiste devant le tribunal. Le procédé est évidemment coûteux, plein de lenteurs et partant peu pratique, mais cette solution est pourtant préférable à l'impossibilité absolue d'arriver à un résultat utile et par suite désirable pour le crédit du commerçant intéressé.

181. — Des questions de compétence délicates pourront se poser, mais elles ne sont point de nature à nous arrêter. Le tribunal civil, juge de droit commun et ayant plénitude de juridiction pourrait seul être saisi à l'exclusion du tribunal de commerce, puisqu'il ne s'agit point d'un litige en matière commerciale, encore bien que le nantissement aurait le caractère commercial (1).

Entre les différents tribunaux civils, on devrait préférer celui du domicile du greffier qui est en même temps, le plus souvent, celui du lieu où l'inscription a été prise ; mais la disposition de l'article 59 § 2 du Code de procédure civil, en vertu de laquelle s'il y a plusieurs défendeurs, le demandeur peut assigner devant le tribunal de l'un d'eux à son choix, pourrait être invoquée. La disposition exceptionnelle de l'article 2159 du Code civil, aux termes de laquelle la radiation doit être demandée au tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été faite, ne pourrait pas être étendue en notre matière.

182. — Quant à la forme à laquelle cette radiation devrait avoir lieu, c'est évidemment par une mention portée sur le registre des inscriptions à une place où il

(1) Le tribunal de commerce pourrait cependant, s'il était appelé à prononcer la nullité de l'acte de nantissement, ordonner la radiation de l'inscription prise en vertu de cet acte lorsque la radiation n'a été demandée que comme suite nécessaire à l'annulation de l'acte qui lui servait de base ; Cass. 11 février 1834 (S. 1833, 1, 475).

serait possible de la retrouver, par conséquent de préférence en marge de l'inscription, comme cela se fait en matière hypothécaire.

§ IV. — De la réduction des inscriptions.

183. — Un autre point sur lequel la loi 1^{er} mars 1898 est restée muette est celui de la réduction des inscriptions.

En matière hypothécaire, lorsque le créancier a pris, pour une créance indéterminée une inscription dans laquelle le chiffre de la créance a été évalué à un chiffre exagéré, le débiteur peut s'adresser au tribunal pour faire réduire ce chiffre excessif (art. 2163 et s. Code civ.). Ici encore on ne voit pas de raison pour ne pas autoriser le créancier gagiste dont le crédit peut être sérieusement atteint par une inscription prise dans de pareilles conditions, à demander la réduction en justice, Il y aura lieu, comme en matière de radiation, de mettre le greffier du tribunal de commerce en cause pour lui faire enjoindre d'exécuter la décision du juge ; autrement il pourrait se retrancher devant le silence de la loi.

SECTION VII

DE LA RESPONSABILITÉ DES GREFFIERS DES TRIBUNAUX
DE COMMERCE.

185. — En matière hypothécaire, ce sont les conservateurs des hypothèques qui sont chargés de procéder à toutes les formalités de publicité que la loi a organisées pour la transmission régulière de la propriété immobilière et la sauvegarde de tous les droits réels ; leurs devoirs s'analysent dans cette double fonction : tenue des registres et délivrance d'extraits de ces registres au public. Les fautes qu'ils commettent dans l'accomplissement de ces fonctions peuvent avoir pour résultat d'engendrer à leur charge une double responsabilité : responsabilité civile (art. 1382 et suiv. 2197 Code civ.) et responsabilité pénale (art. 2202 et s. Code civ.).

Ces règles sont-elles applicables aux greffiers des tribunaux de commerce chargés par la loi du 1^{er} mars 1898 de la tenue du registre des inscriptions de nantissements de fonds de commerce et chargés d'assurer la publicité dudit registre ?

Pour répondre à cette question il faut se demander si les règles édictées en matière hypothécaire sont l'application du droit commun ou constituent au contraire

dans notre droit des dispositions exceptionnelles qu'on ne peut étendre à d'autres matières.

Examinons donc la question successivement au point de vue de la responsabilité civile et au point de vue de la responsabilité pénale.

§ 1^{er}. — **Responsabilité civile.**

186. — La responsabilité civile édictée par l'article 2197 et qui ne comporte que deux hypothèses spéciales, omission sur les registres des transcriptions d'actes de mutations ou des inscriptions requises, défaut de mention sur les états délivrés d'inscriptions existantes, n'est que l'application du principe général posé par les articles 1382 et 1383 du Code civil. Tout le monde est d'accord sur ce point. Il est dès lors bien certain que le principe de l'article 2197 doit être transporté en notre matière ; les articles 1382 et 1383 du Code civil constituent des dispositions générales applicables à tous les cas où un individu cause un préjudice à un autre par sa faute, il n'y a aucune raison pour exclure de cette responsabilité les greffiers des tribunaux de commerce. Nous en concluons donc que pour que la responsabilité du greffier soit engagée, il faut et il suffit : 1^o que le greffier ait commis une faute personnelle ; 2^o qu'il y ait un préjudice causé, et 3^o que la faute commise ait été la cause certaine et directe du

préjudice éprouvé, c'est-à-dire qu'il y ait relation de cause à effet entre la faute et le dommage.

Ce sont là les conditions essentielles qui doivent être réunies pour qu'il y ait lieu de faire l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil. Mais ces conditions sont suffisantes. Particulièrement il n'est pas nécessaire que la faute ait été commise de mauvaise foi par le greffier, il importe peu aussi que la loi n'ait alloué jusqu'à ce jour aucune rémunération aux greffiers pour ce surcroît de charges et de responsabilités qu'elle fait peser sur eux. Cette dernière circonstance ne pourrait être envisagée par le juge que comme un élément d'atténuation de nature à influencer sur le chiffre de l'indemnité à accorder à la victime de la faute, mais non comme pouvant faire échec au principe même de la responsabilité.

187. — Tels sont les principes ; mais il ne faut pas se dissimuler que l'application n'en sera point aisée dans la pratique pour le juge, à raison de l'incertitude que la loi de 1898 a laissé planer sur les formalités que le greffier aura à remplir pour assurer la publicité organisée par elle. La loi dit en effet seulement ceci : « Tout nantissement d'un fonds de commerce devra... être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité », et c'est tout : il n'est donné aucune explication ni sur la manière dont le registre sera tenu, ni

sur les obligations qui incomberont au greffier pour en assurer la publicité.

Nous avons, au cours de cette étude, indiqué quels devaient être les devoirs des greffiers lors de la réquisition des inscriptions et pour la tenue de leurs registres, comment ils devaient renseigner le public ; nous avons dit enfin que s'ils n'étaient point tenus d'opérer des radiations en déférant à des main-levées amiables, ils étaient tout au moins tenus d'obéir aux décisions de justice souveraines qui les condamneraient à opérer ces main-levées. C'est sur ces bases-là que la responsabilité civile devra être appréciée : questions de fait après cela, qui seront examinées et tranchées par le juge.

188. — Pour assurer éventuellement aux tiers le paiement des indemnités auxquelles les conservateurs des hypothèques pourraient être condamnés vis-à-vis d'eux, la loi oblige les conservateurs à fournir à leur entrée en fonctions un cautionnement affecté spécialement à cette responsabilité éventuelle (Loi du 21 ventôse an VII, art. 5 et 8 ; loi de finances du 8 juin 1864, art. 26 et s. ; décret du 11 août 1864 ; loi du 16 septembre 1871, art. 29 ; loi du 22 mars 1873). Il va sans dire que ces lois exceptionnelles ne sont point applicables aux greffiers des tribunaux de commerce ; les personnes vis-à-vis desquelles ils seront responsables à raison des fautes qu'ils commettront dans leurs attributions nouvelles auront donc la même situation que leurs

autres créanciers chirographaires ; ils auront un droit de gage général sur tous leurs biens, sans cause aucune de préférence sur telle ou telle partie de leur patrimoine, si ce n'est l'hypothèque judiciaire qu'ils seront en droit de requérir en vertu du jugement de condamnation rendue à leur profit.

189. — D'autres règles applicables aux conservateurs des hypothèques nous apparaissent encore avec un caractère exceptionnel qui s'oppose à ce qu'elles soient étendues aux greffiers des tribunaux de commerce, ce sont celles relatives à la durée de l'action en responsabilité.

Les actions en responsabilité contre les conservateurs des hypothèques ne sont soumises qu'à la prescription ordinaire de 30 ans, tant qu'ils restent en fonctions, mais après la cessation de leurs fonctions leur responsabilité est limitée à 10 ans, de telle sorte qu'après l'expiration de ce délai toute action relative à l'exercice de leurs fonctions est prescrite, non seulement quant à leur cautionnement, mais aussi quant à leurs autres biens (loi du 21 ventôse, an VII, art. 7 et 8) (1).

Cette distinction ne peut être étendue aux greffiers des tribunaux de commerce ; la durée de la prescription de l'action en responsabilité sera toujours contre

(1) V. en ce sens : Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 298 ; Laurent, t. XXXI, n° 612.

eux de trente ans : c'est la durée de toutes les actions en responsabilité basées sur un quasi délit en droit commun.

190. — Enfin, une question est très controversée en matière hypothécaire, c'est celle de savoir si le conservateur des hypothèques peut être distrait de ses juges naturels et assigné par voie de garantie devant un autre tribunal que celui de l'arrondissement de son bureau (1).

Aucune disposition ne nous permet de nous écarter des règles du droit commun, en ce qui concerne les actions suivies contre les greffiers des tribunaux de commerce et il paraît dès lors que le conservateur peut être appelé par voie de garantie à se défendre devant un autre tribunal que celui du lieu de l'inscription, conformément aux dispositions de l'article 59, § 8 du Code de procédure civil.

§ II. — Responsabilité pénale.

191. — La loi ne se borne pas à édicter une responsabilité civile contre les conservateurs des hypothèques, elle édicte aussi contre eux des amendes lors-

(1) V. dans le sens de l'affirmative : Liège, 13 juin 1808 et 30 juin 1810 (S. Chr.) ; et dans le sens de la négative : Paris, 28 mars 1814

qu'ils auront négligé de se conformer à certaines règles professionnelles (art. 2202 et 2203).

Bien entendu ces dispositions exceptionnelles ne peuvent être étendues aux greffiers des tribunaux de commerce, à raison de leur caractère exceptionnel d'abord et en vertu aussi du principe que les dispositions de la loi pénale ne doivent être appliquées que très restrictivement.

Dès lors les greffiers sont uniquement soumis aux dispositions générales du droit commun, en ce qui concerne les responsabilités pénales qu'ils pourraient encourir, dans l'exercice de leurs attributions nouvelles.

(S. Chr.) ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss., priv. et hypoth.*, t. III, n° 2621.

CHAPITRE IV

CRITIQUE DE LA LOI DU 1^{er} MARS 1898 ET MODIFICATIONS QU'IL CONVIENDRAIT D'Y APPORTER

192. — A peine la loi du 1^{er} mars 1898 venait-elle d'être promulguée, qu'elle soulevait de la part de tous ceux qui étaient appelés à en assurer l'exécution de très vives critiques. On en signalait les graves inconvénients. La dation en nantissement par un commerçant de tous les éléments composant son fonds de commerce aura pour conséquence, a-t-on dit, la perte de son crédit ; plus aucun de ses fournisseurs ne consentira à lui vendre des marchandises à crédit sachant qu'elles vont devenir immédiatement le gage d'un seul créancier. D'autre part, le système de publicité imaginé par le législateur n'est pas assez efficace pour mettre les fournisseurs utilement en garde contre le danger auquel ils vont être exposés ; les transactions commerciales doivent en effet être rapides et obliger les fournisseurs à consulter un registre tenu au greffe du tribunal revient à créer dans ces transactions des difficultés équivalant à des impossibilités.

Parmi ceux qui ont le plus sévèrement attaqué la loi nouvelle, il faut citer deux présidents de tribunaux de commerce importants. L'un d'eux (1), tout en reconnaissant l'utilité du but poursuivi par le législateur

(1) M. Girard, président du tribunal de commerce de Toulouse.

Les conclusions du rapport de ce magistrat consulaire présenté à la conférence des Présidents des tribunaux de commerce de France en 1899, sont ainsi conçus :

« Les quelques constatations qui précèdent sont, nous semble-t-il, assez significatives pour indiquer à quel point la nature même du fonds de commerce, si elle ne s'oppose pas en droit à sa dation en gage, y répugne et y résiste dans la pratique, et il ne nous reste plus qu'à tirer la conclusion de nos très rapides et succinctes considérations.

« Elle est, croyons-nous, bien difficile à dégager, et, à notre avis, ce doit être la condamnation absolue, au point de vue pratique de l'intérêt du commerce, de la loi du 4^{er} mars 1898, telle qu'elle est faite.

« Cette loi est, en effet, mauvaise dans son principe même, par suite d'une fausse appréciation de la nature toute particulière de la valeur des fonds de commerce et de l'importance respective des éléments qui la composent, et c'est cette fausse appréciation qui a amené ses auteurs à faciliter à tort, pour cette catégorie de biens, l'emploi d'un moyen de crédit excellent en lui-même, mais déplorable dans ce cas particulier.

« Sans doute, en agissant ainsi, le législateur a, de bonne foi, cru combler une lacune d'organisation. On ne peut nier l'excellence du but qu'il se proposait d'atteindre en édictant cette loi, et c'est pour cela qu'il convient de se demander s'il n'est pas possible d'employer le moyen imaginé par lui, c'est-à-dire d'utiliser le fonds de commerce comme instrument de crédit, tout en évitant les conséquences véritablement désastreuses que nous venons de signaler.

« Il faudrait, à notre avis, en maintenant le principe de la possibilité de la dation en nantissement des fonds de commerce, préciser que ce nantissement pourra être réalisé au moyen de la formalité particulière organisée par la loi du 4^{er} mars 1898, mais seulement en ce

estime que le nantissement réalisable sans dessaisissement par le procédé de l'inscription au greffe doit être restreint aux seuls éléments incorporels, achalandage, clientèle et droit au bail ; quant au nantissement sur les

qui concerne les seuls éléments véritablement incorporels, ceux par conséquent qui ne sont point susceptibles de tradition matérielle, savoir *l'achalandage, la clientèle et le droit au bail*.

« Quant au *matériel et aux marchandises*, ils demeureraient soumis à la loi commune ; et leur dation en gage ne pourrait être régulière qu'autant qu'elle serait accompagnée de leur *tradition matérielle* entre les mains du créancier gagiste. Cette tradition matérielle devant avoir lieu, *en fait*, sans pouvoir jamais être remplacée par aucune formalité.

« Dès lors, tant qu'ils resteraient en la possession du commerçant, les créanciers dont la bonne foi ne pourrait plus ainsi être surprise, seraient assurés qu'ils continuent à constituer leur gage commun.

« Cette réforme, qui ne serait en définitive que le maintien de la loi du 1^{er} mars 1898 ramenée à des limites rationnelles, présenterait à nos yeux les avantages suivants :

1^o Le but poursuivi par le législateur serait rempli, puisque le commerçant pourrait tirer profit, pour l'augmentation de son crédit, des éléments incorporels de la valeur de son fonds de commerce jusqu'alors inutilisable à ce point de vue ;

« 2^o En se procurant ainsi les ressources extraordinaires dont il pourrait avoir besoin, le commerçant n'en conserverait pas moins à ses fournisseurs ce qui constitue normalement leur gage commun, ce à quoi ils font crédit comme représentant pour eux la seule valeur visible et tangible du fonds de commerce qu'ils alimentent, c'est-à-dire le matériel et les marchandises ;

« 3^o La constitution du gage n'entraverait pas le fonctionnement régulier et normal des opérations commerciales du donneur de gage, et la garantie du créancier gagiste n'en serait que plus réelle et plus solide.

« Quant au vendeur du fonds de commerce non payé de son prix dont le privilège pourrait, jusqu'à un certain point, se trouver compro-

éléments corporels, matériel et marchandises il doit demeurer soumis aux règles du droit commun, c'est-à-dire à l'obligation de la remise entre les mains du créancier.

L'autre (1), plus radical, est d'avis qu'il conviendrait de prohiber d'une façon absolue le nantissement des fonds de commerce, et à défaut de mieux, il pense : 1° que les marchandises et créances doivent toujours être exceptées du nantissement ; 2° que les actes de nantissement doivent recevoir une très large publicité par la voie de la presse ; 3° qu'en cas de survenance de faillite dans les trois mois qui suivent la publicité de l'acte, les créanciers antérieurs doivent être admis à la répartition du prix du fonds concurremment avec le créancier gagiste.

Les différents ouvrages qui ont été écrits sur la loi du 1^{er} mars 1898 sont généralement moins sévères. Tous s'accordent à louer le but poursuivi par le légis-

mis par un nantissement même restreint dans les limites que nous venons d'indiquer, il nous semble qu'il serait bien facile d'assurer la conservation de ses droits. Il suffirait pour cela d'édicter que son privilège sera opposable au tiers et notamment au créancier gagiste, sous la seule condition de son inscription sur le registre destiné à recevoir la déclaration de nantissement, pourvu que cette inscription soit antérieure à la constitution des gages.

« Ainsi, nous paraît-il, seraient à la fois pleinement sauvegardés et utilement servis des intérêts également respectables, et si intimement liés les uns aux autres qu'ils ne sauraient, sous peine d'être gravement compromis, être envisagés et traités séparément.

(1) M. Perdriau, président du tribunal de commerce de Tours.

lateur (1) et reconnaissant que, puisque dans la pratique la réunion des différents éléments des fonds de commerce donne à ces fonds une valeur plus considérable, les commerçants doivent être admis à s'en servir, sans rompre cette universalité de fait, comme de valeurs utilisables par eux pour augmenter leur crédit au même titre que tous les autres éléments de leur patrimoine.

193. — Nous n'hésitons pas à nous joindre pour notre part à l'opinion de ces auteurs et nous pensons que le nantissement des fonds de commerce en tant qu'universalités de fait composées d'éléments corporels et incorporels est de nature à rendre des services très réels au commerce, et qu'il serait très injuste de ne point permettre de tirer de cet élément important du patrimoine toute l'utilité que l'on est autorisé à tirer des autres biens.

Mais nous pensons que le législateur a employé un procédé défectueux pour arriver à ses fins et que la loi du 1^{er} mars 1898 telle qu'elle est rédigée est plutôt de nature à augmenter les difficultés que l'on rencontrait dans l'état de législation antérieure qu'à les aplanir. Une réforme beaucoup plus large devait être accomplie, qui aurait pour objet dans une loi spéciale, plutôt que

(1) V. en ce sens : Simon, *Le fonds de commerce*, p. 185 ; Magnin, *Essai sur le nantissement des fonds de commerce*, n° 2, p. 7 ; Montier, *Des nantiss. de fonds de commerce*, n° 152, p. 113.

dans une loi modificative de notre Code civil et de notre Code de commerce, d'édicter toute les règles ayant trait à l'acquisition et à la transmission de la propriété et au nantissement des fonds de commerce.

Il y aurait à notre sens un intérêt majeur à procéder ainsi. Le fonds de commerce est, nous l'avons dit déjà, une conception de création récente ; il est resté tout à fait en dehors des prévisions de nos législateurs de 1804 et de 1807, parce qu'à cette époque il n'était venu à la pensée de personne d'envisager le fonds de commerce comme constituant un tout inséparable des éléments qui le constituent. Par sa nature complexe, il répugne à l'application des règles applicables aux meubles en général ; les règles applicables aux immeubles lui conviendraient mieux en général et seraient plus en harmonie avec son caractère de stabilité. On ne peut le faire entrer dans un cadre qui n'a pas été fait pour lui et de quelque façon qu'on s'y prenne, on arrivera toujours nécessairement à des résultats choquants si l'on ne se décide point à le réglementer d'une façon spéciale et complète.

194. — Nous pensons donc qu'il y aurait lieu d'édicter une loi en tête de laquelle serait inscrit le principe que le fonds de commerce constitue dans le patrimoine un bien de nature mobilière mais soumis à un ensemble de règles spéciales qui ferait l'objet des dispositions suivantes de la loi.

Ces dispositions^s auraient trait à la composition du fonds, à sa transmission et à sa mise en gage.

195. — 1^o *Composition*. — L'indication de la composition du fonds nous paraît nécessaire pour éviter les difficultés et les controverses que soulèvent actuellement les créances et les dettes, les marchandises et le matériel.

Les créances et les dettes devraient à notre avis être exclues de cette universalité, car il faut, à peine de bouleverser complètement les règles de notre droit sur le caractère d'unité du patrimoine, écarter complètement toute règle tendant à créer dans le patrimoine du commerçant un patrimoine spécial qui serait son patrimoine commercial ayant ses créances et ses dettes propres et constituant le gage d'une catégorie de créanciers à l'exclusion d'une autre.

Les marchandises et le matériel ou outillage devraient au contraire être compris dans la composition du fonds, car, envisagés comme un des éléments du fonds, ils acquièrent une valeur plus considérable que lorsqu'ils en sont détachés ; en outre, la pratique consacrée par une jurisprudence constante a adopté ce principe.

196. — 2^o *Transmission*. — La mutation des fonds de commerce est régie actuellement par les mêmes règles de droit que la mutation des meubles en général, c'est-à-dire que la propriété s'en transmet par le seul

effet de la volonté concordante des parties, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers (art. 1138 Code civ.).

Tel est le principe qui est d'ordre public comme touchant à l'organisation même de la propriété.

Dans la pratique on a été obligé de le reconnaître comme défectueux, puisqu'un usage s'est presque généralisé, en vertu duquel l'acquéreur est tenu de publier son contrat d'acquisition dans un journal d'annonces légales et de ne payer son prix qu'à la charge des oppositions venant à se révéler dans les dix jours suivants. C'est là encore une preuve nouvelle que le fonds de commerce répugne à l'application des règles du droit commun et mérite de faire l'objet d'une réglementation spéciale.

Mais ce tempérament même, apporté par l'usage dans l'intérêt des créanciers du vendeur, au principe que la transmission s'opère par le seul accord de volontés n'est pas suffisant, car le principe lui-même n'en subsiste pas moins : l'acquéreur peut seulement voir sa responsabilité engagée s'il ne s'est pas conformé à l'usage, mais il n'en demeure pas moins propriétaire, quant aux créanciers, leur droit sur le fonds est transformé en un droit sur le prix qu'ils doivent exercer dans un très bref délai (1). Un vendeur peu scrupuleux est

(1) Aussi nous ne pouvons approuver la proposition de loi présentée au Sénat par MM. Mazeau et Dietz-Monin, tendant (sous forme d'addition à l'art. 109 du Code de com.) à rendre obligatoire la publicité des ventes de fonds par voie d'insertions dans les journaux d'an-

libre avec le système actuel de se prêter à de nombreuses fraudes ; spécialement le commerçant peu après avoir donné son fonds en gage et avant que le créancier gagiste ait eu le temps de faire inscrire son nantissement, vendre son fonds à un tiers. Il peut aussi céder son fonds de commerce et ne l'engager qu'ultérieurement, de façon que l'inscription au greffe soit postérieure en tous cas à la vente. L'acquéreur ne pourra pas se voir opposer le nantissement intervenu, car il ne lui est opposable que s'il a été inscrit avant son acquisition depuis la loi du 1^{er} mars 1898. Il faudrait donc adopter le principe que la vente ne sera opposable au tiers que du jour où elle a été publiée, comme cela se fait en matière immobilière depuis la loi du 23 mars 1855.

Il semble que le législateur peut facilement consacrer cette réforme puisqu'il a fait déjà un pas considérable vers elle en rendant la publicité nécessaire en matière de nantissement.

Comment se ferait cette publicité ?

Ici, comme en matière de nantissement, il faudrait exiger l'inscription ou la transcription sur un registre public. C'est le moyen le plus sûr pour que les tiers soient avertis ; la publicité par la voie des journaux ne

nonces légales, en obligeant l'acheteur à conserver son prix pendant un délai de quinze jours à partir de la vente. Cette loi constituerait certainement un progrès sur l'état actuel, mais elle serait tout à fait insuffisante.

serait qu'un leurre, car elle passerait inaperçue d'un grand nombre de personnes et il n'en resterait aucune trace au bout d'un temps assez court. C'est d'ailleurs ce mode de procéder qui a été admis en matière immobilière où il produit de très bons résultats.

Il s'agirait en somme de créer en matière de cessions de fonds de commerce quelque chose d'analogue à la transcription exigée en cas de cessions à titre gratuit, à titre particulier et de cessions à titre onéreux de propriété immobilière. Les fraudes à redouter ne seraient plus possible, car entre acquéreurs et créanciers gagistes la priorité se réglerait non plus par la date des actes, mais par celle des inscriptions et des transcriptions.

197. — 3° *Nantissement*. — Enfin en matière de nantissement, tout est à organiser (1), car la loi du

(1) Un projet de loi a été déposé devant la Chambre des Députés par le gouvernement tendant à organiser la publicité du nantissement des fonds de commerce. Ce projet comporte les dispositions suivantes :

Art. 1^{er}. — Le privilège résultant de l'acte contenant une dation en nantissement d'un fonds de commerce s'établit par le seul fait de l'inscription prévue en l'article 2075, deuxième alinéa du Code civil, sans qu'il soit besoin d'aucune autre formalité.

Art. 2. — Pour opérer l'inscription, il est représenté au greffier du tribunal de commerce, soit par le créancier lui-même, soit par un tiers, l'original enregistré du titre constitutif du nantissement, s'il est sous seing privé, ou reçu en brevet ou une expédition, s'il en existe minute.

Il y est joint deux bordereaux, écrits sur papier timbré et signés par

1^{er} mars 1898 s'est contentée de dire, en ajoutant cette disposition à l'article 2075 du Code civil que « tout nantissement d'un fonds de commerce, devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité ».

198. — Il faut approuver sans réserves le mode de publicité adopté par le législateur, car encore bien qu'il

le requérant ; l'un d'eux peut-être porté sur l'original ou sur l'expédition du titre. Ils contiennent :

1^o Les nom, prénoms, domicile du créancier et du débiteur, et leur profession s'ils en ont une ;

2^o La date et la nature du titre ;

3^o Le montant du capital des créances exprimées dans le titre ou leur évaluation, comme aussi le montant des accessoires de ces capitaux et l'époque de l'exigibilité ;

4^o Les nom et prénoms du propriétaire du fonds de commerce donné en nantissement, ainsi que l'indication de la nature et du siège de ce fonds de commerce, sans préjudice de toutes autres énonciations propres à le faire connaître.

Art. 3. — Le greffier transcrit sur son registre le contenu aux bordereaux, et remet au requérant tant le titre ou l'expédition du titre que l'un des bordereaux au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription.

Art. 4. — L'inscription conserve le privilège pendant cinq années, à compter du jour de sa date ; son effet cesse si elle n'a pas été renouvelée avant l'expiration de ce délai.

Art. 5. — Les inscriptions sont rayées soit du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet, soit en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée.

A défaut de jugement, la radiation totale ou partielle ne peut être opérée par le greffier que sur le dépôt d'un acte authentique de con-

présente l'inconvénient d'apporter un retard à l'avenir dans les relations commerciales entre le commerçant et leurs fournisseurs quand ceux-ci avant de livrer voudront s'enquérir de la solvabilité de celui qui leur commande, il apparaît comme le seul mode de publicité qui, tout en restant assez discret pour ne point nuire au commerçant, assure aux tiers une connaissance certaine, s'ils le désirent, de l'existence du nan-

sentement à la radiation donné par le créancier ou son cessionnaire justifiant de ses droits.

Art. 6. — Lorsque la radiation, non consentie par le débiteur, est demandée par voie d'action principale, cette action est portée devant le tribunal de commerce du lieu où l'inscription a été prise.

Art. 7. — La radiation est opérée au moyen d'une mention faite par le greffier en marge de l'inscription.

Il en est délivré certificat aux parties qui le demandent.

Art. 8. — Les greffiers des tribunaux de commerce sont tenus de délivrer à tous ceux qui le requièrent copies des inscriptions subsistantes ou certificat qu'il en existe aucune,

Art. 9. — Dans aucun cas, les greffiers ne peuvent refuser ni retarder les inscriptions, ni la délivrance des états ou certificats requis.

Art. 10. — Le droit d'inscription des créances garanties au moyen du nantissement d'un fonds de commerce est fixé à 0,50 p. 4,000 du capital de ses créances.

Les actes de dépôt, récépissés, bordereaux, mentions, états et certificats faits ou délivrés en exécution de la présente loi, ainsi que les réquisitions adressées au greffier en vertu de l'article 8, ne donneront lieu à aucun droit que le coût du papier timbré employé ; ils seront, le cas échéant, enregistrés gratis. Le registre des inscriptions tenu par le greffier, en exécution de l'article 3, sera en papier timbré.

Art. 11. — Un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique déterminera les émoluments à allouer au greffiers des tribunaux de commerce, ainsi que toutes les autres mesures d'exécution de la présente loi.

tissement. Il n'y a donc rien à modifier au mode de publicité admis.

On a proposé (1) d'y ajouter l'affichage au greffe du tribunal de commerce de façon à permettre aux agences de renseignements de connaître exactement les fonds grevés de nantissement. Nous ne pouvons pas nous associer à cette proposition. Sans doute il est conforme aux intérêts généraux du commerce que les agences de renseignements puissent renseigner exactement les commerçants sur le degré de solvabilité de ceux avec lesquels ils traitent; mais il n'est pas nécessaire pour cela de porter à la connaissance de tout le monde l'existence d'actes de nature à nuire au crédit de ceux qui les ont passés alors que ces actes n'ont rien que de très licites et qu'ils ne sont point nécessairement la preuve d'un état d'insolvabilité. Un commerçant peut en effet fort bien engager son fonds sans être pour cela insolvable: par exemple l'acquéreur d'un fonds moyennant un prix payable par fractions échelonnées, comme cela se fait d'ordinaire, peut donner le fonds en garantie de ses paiements à son vendeur sans qu'on soit autorisé à en conclure pour cela que ce fonds constitue tout son avoir; il peut avoir une disponibilité en argent qui lui est nécessaire pour faire ses affaires; il peut être un excellent débiteur pour ses fournisseurs. Pourquoi jeter le discrédit sur sa situation et lui couper peut-être

(1) V. Montier, *Des nant. de fonds de commerce*, n° 153, p. 113.

tout crédit dans l'avenir ? D'ailleurs nous verrons plus loin que les agences de renseignements peuvent être suffisamment éclairées par le mode de publicité admis.

199. — Il faut aussi approuver dans son intention le législateur de 1898 qui a voulu que le gage des fonds de commerce ne fût plus soumis à l'avenir qu'à une seule formalité, l'inscription au greffe. Les autres formalités exigées soit pour le gage de meubles corporels, soit pour le gage des meubles incorporels, c'est-à-dire la remise du fonds ou des titres constatant la propriété au créancier gagiste et la signification au bailleur des lieux sont ou impossibles ou inutiles. Mais il est nécessaire de le dire d'une façon expresse dans la loi future, car le silence de la loi de 1898 a fait naître sur ce point de vives controverses (1).

200. — Il y aurait un intérêt considérable aussi à exiger que l'acte de nantissement fût rédigé par écrit. C'est le seul moyen à notre sens d'assurer l'exactitude des mentions qui doivent être portées par le greffier du tribunal de commerce sur son registre spécial. Cet officier public encourt certaines responsabilités et il est juste tout au moins de le mettre en mesure de contrôler et de vérifier les déclarations qui lui sont apportées à l'appui des réquisitions.

(1) V. *supra*, n° 70.

On ne voit pas d'ailleurs qu'il y ait intérêt à exiger le ministère des notaires pour la rédaction des actes de nantissement comme cela est exigée en matière hypothécaire ; les parties seront donc juges de leurs intérêts à cet égard ; l'acte notarié implique des lenteurs qui ne paraissent pas compatibles avec les besoins du commerce.

201. — Quant à l'inscription elle-même, elle a besoin d'être complètement organisée. Le projet du gouvernement en étendant à l'inscription du nantissement certaines règles édictées par nos lois en matière d'hypothèque terrestre ou maritime, est généralement assez heureux.

La réquisition d'inscription doit être faite au moyen de bordereaux contenant toutes les mentions qu'il est utile de porter à la connaissance des tiers : nom et domicile du créancier et du débiteur, indication exacte du fonds donné en gage et de la quotité de la créance pour laquelle l'inscription est prise. Nous croyons qu'il appartient dès à présent, en vertu de la loi de 1898, au greffier de porter toutes les mentions sur son registre (1), mais il est nécessaire de le dire, et d'indiquer surtout par quels procédés cette réquisition peut être faite.

Le greffier doit exiger en même temps que la remise des bordereaux, la remise de l'acte de nantissement pour

(1) V. *supra*, n° 78.

y contrôler dans l'intérêt des parties comme dans l'intérêt des tiers, les indications desdits bordereaux ; cela est d'autant plus nécessaire que l'on n'exige point pour la rédaction de ces actes le ministère des notaires.

Enfin, l'inscription doit être requise sur la production de deux bordereaux identiques, dont l'un est destiné à rester au greffe et l'autre à être remis au requérant après que le greffier y aura certifié l'accomplissement de la formalité. Ce procédé a l'avantage de délimiter bien exactement les responsabilités que chacun peut encourir par suite d'erreurs et de permettre de les contrôler ; le créancier conservera la responsabilité des erreurs ou omissions de sa réquisition, le greffier n'aura à répondre que des erreurs ou omissions qu'il commettra en transcrivant le contenu des bordereaux sur son registre.

202. — L'inscription prise doit pouvoir être radiée ou réduite. Ce n'est pas impossible, nous l'avons vu, dans l'état actuel (1), mais la radiation ou la réduction ne peut être que judiciaire.

Il faut introduire une réforme qui permette la radiation ou la réduction volontaire. On gagnera ainsi du temps et on évitera des frais.

L'article 5 du projet du gouvernement est à cet égard insuffisant, il ne vise dans son paragraphe 1^{er} que la

(1) V. *supra*, n^o 179 et s.

radiation, omettant de parler de la réduction dont il est cependant question dans l'exposé des motifs.

Nous croyons que cet article 5 est encore critiquable en ce qu'il exige, lorsque la radiation est volontaire, un acte de main-levée authentique ; on ne voit pas clairement la nécessité de l'intervention du notaire pour cet acte qui ne présente pas de difficultés plus grandes que la réquisition d'inscription elle-même.

L'article 6 du projet propose, en matière de radiation, une double dérogation aux règles de compétence ordinaires : lorsque la radiation est requise par voie principale, c'est-à-dire autrement que comme suite nécessaire à une demande d'annulation de l'acte de nantissement qui lui sert de base, le tribunal compétent serait le tribunal de commerce du lieu où l'inscription a été prise. Il y a là une dérogation aux règles de la compétence *ratione materiæ* en ce sens que le tribunal civil, juge de droit commun, devrait en principe être déclaré compétent puisque l'inscription ne constitue jamais en elle-même un acte commercial, il y a aussi une dérogation aux règles de la compétence *ratione loci*, en ce sens que le tribunal compétent devrait être celui du domicile du défendeur. — Nous ne refusons pas de nous associer à la seconde de ces dérogations qui est inscrite dans la loi en matière hypothécaire (art. 2159 Code civ.). Mais nous refusons absolument de souscrire à la première. L'exposé des motifs la justifie en déclarant que, les formalités devant être faites au

greffe du tribunal de commerce, il est rationnel de laisser à cette juridiction le soin de statuer sur les difficultés qui touchent à l'inscription : et l'on pourrait ajouter que la juridiction commerciale offrirait encore sur la juridiction civile l'avantage d'une plus grande célérité. A notre avis, ce ne sont pas là des raisons suffisantes pour déroger à des principes dès longtemps admis : le tribunal de commerce a pour mission de connaître :

1° Des demandes formées entre commerçants ou tout au moins contre des commerçants à raison d'actes de commerce ;

2° Des demandes ayant trait à des actes commerciaux en eux-mêmes.

Or le nantissement d'un fonds de commerce n'est pas un acte commercial en lui-même, et cela est plus vrai encore de l'inscription prise en suite du nantissement ; le nantissement peut être un acte commercial, s'il garantit une dette commerciale (art. 91 Code de com.) et il est présumé commercial par ce qu'il est constitué par un commerçant ; mais cette présomption est susceptible d'être combattue et de tomber ; et en tous cas l'inscription au greffe est un acte indépendant du nantissement lui-même ne présentant aucun caractère commercial. Nous en concluons que le tribunal civil seul doit-être reconnu compétent pour connaître d'une action principale en radiation d'inscription de nantissement, et que le tribunal de commerce ne devrait être reconnu compétent pour statuer sur une demande en

radiation que si cette demande apparaissait comme le corollaire d'une demande en nullité de nantissement commercial formée contre un commerçant.

On ne voit d'ailleurs pas pourquoi la demande principale en radiation devrait être nécessairement de la compétence du tribunal de commerce, alors que la demande accessoire en radiation serait dans un grand nombre de cas de la compétence du tribunal civil ; il y aurait là une anomalie que rien ne pourrait justifier.

203. — Quant à la manière d'indiquer sur le registre la radiation ou la réduction, il conviendrait d'adopter le procédé admis en matière hypothécaire c'est-à-dire l'inscription en marge.

Le projet du gouvernement (art. 7) est en ce sens en ce qui concerne la radiation, mais ici encore la réduction est passée sous silence.

204. — Nous avons dit au cours de cette étude que l'inscription une fois prise n'était point susceptible de tomber en péremption ; le législateur a admis une règle différente en matière hypothécaire : la péremption de l'inscription a lieu au bout de dix ans, si avant l'expiration de ce délai elle n'a point été renouvelée (art. 2154 Code civ.). Il y aurait lieu d'étendre cette règle à l'inscription du nantissement. Les causes qui l'ont fait admettre en matière hypothécaire s'imposent avec plus de force encore dans notre matière. L'exposé des motifs du pro-

jet du gouvernement le fait ressortir en termes excellents : « Les changements qui peuvent s'opérer soit dans le siège de l'exploitation du fonds de commerce, soit dans la personne des propriétaires, rendraient les recherches très difficiles si elles devaient porter sur un laps de temps considérable. » Aussi le projet propose-t-il une péremption s'opérant par un délai de 5 ans (art. 4 du projet) en faisant ressortir que les transactions ne comportent pas, du moins en général, de longues échéances. C'est peut-être un délai bien court ; mais en tous cas l'idée de limiter la durée de l'inscription doit être entièrement approuvée.

205. — En matière hypothécaire l'inscription ne peut plus être prise après la faillite ou la liquidation judiciaire du débiteur, non plus qu'après son décès au cas où sa succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire. Nous avons dit que la faillite faisait également obstacle à l'inscription du nantissement, mais qu'il n'en était point de même de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de la succession du débiteur.

L'exposé des motifs du projet du gouvernement contient à cet égard une indication contraire et cette opinion doit être tenue pour inexacte (1). Il s'agit bien d'une inscription d'un privilège sur un meuble et d'une inscription au greffe du tribunal de commerce et il est

(1) Voir *supra* n° 90.

impossible en l'absence d'un texte formel de transporter dans notre matière les règles applicables aux inscriptions des privilèges immobiliers sur le registre du conservateur des hypothèques.

Il n'y a d'ailleurs pas un intérêt majeur à édicter cette règle en matière du nantissement ; elle est généralement critiquée et avec raison en matière hypothécaire ; on fait ressortir qu'il est injuste de faire dépendre le sort des créanciers qui ont été surpris peut-être par la mort du débiteur et qui n'ont pu prendre inscription qu'après cet événement, du parti que l'héritier prendra relativement à la succession. D'autre part, comment expliquer que le bénéfice d'inventaire, introduit uniquement en faveur des héritiers, puisse réagir sur la situation respective des créanciers de la succession et les empêche de conserver par une inscription des droits de privilège ou d'hypothèque valablement acquis avant le décès ? Ces critiques sont justes et il convient d'écarter cette règle ; le silence de la loi future équivaldra à notre sens à ce rejet.

206. — L'inscription du nantissement dans l'état actuel de la législation conserve, outre le principal de la créance et les frais des intérêts sans aucune limitation.

Nous croyons qu'il conviendrait de limiter le nombre des années d'intérêts ainsi garanties ; les tiers pourraient être induits en erreur sur la valeur de crédit du fonds,

si le fonds était affecté à un nombre considérable d'années d'intérêts venant s'ajouter au capital, sans aucune évaluation.

Le législateur a édicté cette règle en matière hypothécaire, en réduisant à trois le nombre des années d'intérêts garanties au même rang que le capital (art. 2151, Code civ. modifié par la loi du 17 juin 1893). Cela n'implique pas d'ailleurs que le créancier soit dépouillé de toute garantie pour le surplus des intérêts qui lui sont dûs, pour ceux-ci il peut prendre à mesure de leur échéance, de nouvelles inscriptions qui prennent rang au jour de leur date. Ce sont des dispositions excellentes et qu'il conviendrait de transporter dans notre matière. Le projet du gouvernement est pourtant muet à cet égard, et il convient de le regretter.

207. — Enfin reste encore à organiser les règles relatives au mode de renseigner les tiers intéressés, et la responsabilité que les greffiers des tribunaux de commerce pourraient encourir de ce chef. Car il ne suffit pas d'édicter que le registre tenu au greffe sera public il faut encore dire de quelle façon sera assurée cette publicité.

Ici encore le législateur futur n'aura qu'à regarder en arrière, prendre ce qui a été fait pour le régime hypothécaire et le transporter dans notre matière (art. 2196 et suiv. du Code civ.).

Les tiers d'après ce système auraient droit de se faire

remettre par le greffier des certificats portant mention des inscriptions existantes ou du défaut d'inscriptions.

Mais là ne doit point se borner à notre avis la publicité, nous croyons que les tiers doivent avoir, eux aussi, le droit de compulser directement le registre. Par ce moyen on pourra remédier dans une limite suffisante au reproche que l'on a adressé au législateur de n'avoir point assuré d'une façon plus étendue et plus facile pour le public la connaissance des nantissements de fonds de commerce : les agences de renseignements pourront par elles-mêmes se procurer les renseignements qui intéressent à un si haut degré leurs clients, et les fournisseurs prévoyants c'est-à-dire ceux qui avant de livrer à crédit s'entourent de renseignements sur la situation de leur futur débiteur, ne pourront pas être induits en erreur sur la solvabilité de celui-ci.

APPENDICE

Il nous a paru intéressant de reproduire ici, à l'appui de notre thèse, la remarquable note de notre savant maître M. le professeur Boistel, publiée dans le Recueil des arrêts de Dalloz, et qui, à raison de ses développements, n'a pu trouver place dans le corps de notre travail.

Nantissement, privilège, possession, tiers convenu, bailleur.

Le locateur d'un immeuble, bien qu'il ait un privilège sur les meubles garnissant la maison louée, ne peut être considéré comme détenteur de ces meubles, alors que la possession et la garde en ont été laissées au locataire (C. civ. 2102) I (1) :

En conséquence, il ne saurait être désigné dans un contrat de nantissement comme tiers convenu entre les parties pour exercer la détention des meubles du locataire au nom du créancier auquel ils ont été donnés en gages (C. civ. 2076) (2).

Spécialement un propriétaire d'usine qui loue à des petits industriels des parties de son établissement pour y installer des métiers à eux appartenant, ne peut convenir qu'il détiendra ces métiers au profit du créancier

gagiste, alors qu'il n'y a eu de sa part aucune prise de possession effective des métiers engagés, qu'il n'avait aucun accès libre dans les ateliers et que le locataire en avait seul les clefs (3) ;

Il en est ainsi lors même què le bailleur aurait le droit d'introduire dans les lieux loués un chauffeur pour surveiller la transmission de la force motrice et de la chaleur, qu'il devait fournir au locataire (res. par la Cour d'appel) (4).

(1, 2, 3, 4). Ces décisions, en même temps qu'elles résolvent une question théorique fort intéressante, présentent une importance considérable pour les industriels d'une de nos places de commerce du nord de la France ; la place de Saint-Pierre-les-Calais. L'industrie tullière a pris depuis vingt ans dans cette ville un rapide développement dû en grande partie au système de nantissement, qui paraît condamné par les arrêts ici rapportés. Il existe dans cette ville un très grand nombre de petits fabricants qui possèdent seulement un, deux ou trois métiers. Ces métiers constituent tout leur avoir, car ils ont dû employer pour se les procurer tout le modeste capital dont ils pouvaient disposer. Ils ont cependant besoin d'un certain fonds de roulement pour alimenter leur industrie, notamment pour acheter la matière première ; ils ne peuvent trouver ces capitaux que par le crédit, et, pour obtenir ce crédit ils ne peuvent donner en gage que leurs métiers. Comment le faire sans se priver de leurs instruments de travail ? Une autre circonstance locale a paru offrir une circonstance favorable. Ces métiers ont besoin de la vapeur comme force motrice ; et pour la leur fournir économiquement de grandes usines se sont fondées, qui louent à un certain nombre de petits industriels un local pour installer leurs métiers et leur fournissent en outre le moyen de recevoir, par un arbre de couche, l'impulsion et la force d'une machine à vapeur centrale. Chacun des fabricants

est chez lui, il a les clefs de son local ; mais le propriétaire de l'usine à la garde et la surveillance de la porte commune qui donne accès dans tout l'établissement ; de plus il a le droit d'introduire dans chaque local un employé pour surveiller la transmission de la force et de la chaleur. Dès lors, on s'est demandé s'il ne serait pas possible d'obtenir du propriétaire de l'usine qu'il consentit à se porter détenteur des métiers, non pas seulement pour lui-même comme la loi l'y autorise en tant que bailleur (C. civ. 1252, 1767, 2102, 1 ; C. Pr. 819 et suiv.), mais encore pour le compte du créancier qui consent à prêter sur le nantissement des métiers. Il deviendrait alors le tiers convenu entre les parties pour exercer la détention au profit du créancier gagiste (C. 2076) ; et par là même, le gage deviendrait valable et opposable aux tiers sans que l'industriel débiteur fût privé de son instrument de travail. Ce système du nantissement s'est généralisé sur la place de Saint-Pierre-les-Calais ; il a fourni à l'industrie tullière les capitaux dont elle avait besoin ; et, si une telle source de crédit devait se tarir, cette industrie se trouverait paralysée. De grandes maisons de banque ont pour fonction principale de lui fournir des capitaux dans ces conditions ; et, au cours du procès actuel, il a été énoncé que la banque, qui y était partie, avait constamment pour plus de cinq millions d'avances, garanties par des nantissements de ce genre.

Quelle est la valeur juridique de cette combinaison ? Elle soulève à la fois une question théorique générale et une question particulière de fait, toutes deux fort intéressantes. La question générale est celle-ci : le bailleur d'un immeuble peut-il, en même temps qu'il détient pour son propre compte les meubles garnissant son immeuble, déclarer qu'il les possédera pour le compte d'un autre créancier gagiste, et réaliser ainsi comme tiers convenu entre les parties la possession nécessaire à la conservation du

droit de gage à encontre des tiers ? La négative nous paraît devoir être admise sans beaucoup de difficulté. On doit reconnaître, il est vrai, qu'une prise nouvelle et explicite n'est pas nécessaire de la part du créancier gagiste ou du tiers qui serait déjà en possession à un autre titre de l'objet engagé. S'il était déjà antérieurement détenteur de cet objet comme locataire, comme dépositaire ou comme commodataire, il est certain qu'il pourrait déclarer qu'il entend posséder dorénavant à titre de gage soit pour lui-même (Anal. de l'art. C. civ.), soit pour un tiers, et qu'il n'y aurait nullement lieu d'exiger une tradition nouvelle accompagnant la constitution du gage. Il faut encore aller plus loin et admettre qu'un créancier gagiste possédant efficacement pour lui-même pourrait également déclarer qu'il possèdera dorénavant aussi pour un nouveau créancier gagiste, en qualité de tiers convenu entre les parties, la même chose pourrait ainsi être donnée en gage successivement à deux créanciers, remise à l'un d'entre eux, qui posséderait à la fois pour tous les deux. Ce n'est donc pas en se plaçant à l'un de ces deux points de vue que l'on pourrait condamner la combinaison que nous discutons.

L'objection sérieuse, celle qui nous paraît péremptoire, c'est que le bailleur n'est qu'un créancier gagiste imparfait ; il n'a pour lui-même qu'une possession indirecte et qui n'exclut pas la possession du preneur, son débiteur. Dès lors, il ne saurait faire profiter de sa possession un créancier gagiste ordinaire, soumis à toutes les exigences du droit commun qui veut une possession complète, réelle et exclusive de toute possession par le débiteur. En effet, le bailleur ne détient les meubles du preneur que par l'intermédiaire de son immeuble ; s'il les possède, c'est uniquement parce qu'ils sont sur sa chose et qu'il peut s'opposer à leur enlèvement. (C. civ., 1252, 1767, 2102, 1). Mais il n'en a pas une véritable détention ; il ne peut pas les posséder physiquement ; il n'est pas en relation directe

avec eux, ne peut les changer de place ni en disposer aucunement ; il n'a même pas toujours le droit de pénétrer malgré le preneur dans le local où ils sont ; par exemple, si c'est un appartement qu'il a loué, il ne peut y entrer sans le consentement du preneur que dans des circonstances exceptionnelles et pour des motifs précis. Le législateur, tout en considérant le privilège du bailleur comme fondé sur un gage tacite, comme résultant de ce qu'il a compté spécialement sur les meubles pour être payé de ses loyers, a pu se contenter de cette possession et de la convention tacite de gage a, de plus, rendu service à la masse des créanciers dans une certaine mesure ; en abritant les meubles placés sur son immeuble, il a conservé aux créanciers toute cette portion de leur gage qui, dans beaucoup de cas peut représenter le plus net de l'actif de leur débiteur ; en abritant le débiteur lui-même ; et souvent ses instruments de travail, il leur a conservé leur sûreté la plus précieuse et la ressource la plus efficace pour arriver à les désintéresser. Il cumule donc dans une certaine mesure les deux qualités qui fondent tous les privilèges particuliers sur les meubles. (V. rap. du tribun Grenier au Corps législatif sur le titre : *Des privilèges et hypothèques*, *Jur. gén.*, v. *Privilèges et hypothèques*, p. 42, note n° 41). La qualité de créancier gagiste dans la mesure indiquée plus haut est celle de conservateur d'une valeur dans le patrimoine. D'autre part, on pouvait sans inconvénient ne pas exiger de lui une possession exclusive de celle du preneur et capable d'avertir très ostensiblement les tiers, parce que le fait de la location est notoire. Les créanciers du preneur doivent savoir, ou peuvent très facilement s'informer, si leur débiteur est ou non propriétaire de la maison qu'il occupe, et sachant qu'il n'en est pas propriétaire, il s'attendent évidemment à voir le prix des loyers et fermage prélevé sur la valeur des meubles qui garnissent les lieux loués.

D'ailleurs, malgré les faveurs dont le bailleur jouit, la loi lui donne à certains égards une position inférieure à celle d'un véritable créancier gagiste. C'est ce qu'on peut remarquer notamment dans la manière dont est organisé son droit de revendication. Il est reconnu qu'un créancier gagiste qui aurait perdu la possession de son gage, pourrait invoquer l'article 2279 2^o du Code civil, et en revendiquer la possession pendant trois ans, même contre un tiers possesseur de bonne foi, sauf les conditions de l'article 2280 (*V. Jur. Gén.*, v^o nantissement, n^o 146 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, T. 4 et 433 *fine*). Au contraire le bailleur ne peut exercer sa revendication que pendant un délai très court, quinze jours pour les baux de maison et quarante jours pour les baux à ferme (art. 2102, al. 5), son droit de possesseur disparaît beaucoup plus facilement.

Il faut donc reconnaître que le mode de possession du bailleur, quoique suffisant en vertu de la loi pour conserver son propre privilège, ne pourrait cependant pas, en s'exerçant au profit d'un tiers, suffire pour conserver à ce tiers le privilège résultant du gage. Pour celui-ci, la possession telle qu'elle est exercée par le bailleur, n'offre ni une sécurité ni une publicité suffisante. Elle ne lui offre pas de sécurité, car le bailleur n'exerce en général, ni par lui-même, ni par les agents qu'il a pu préposer, une surveillance assez effective et assez précise pour empêcher qu'un objet individuel ne puisse sortir des lieux loués. Son gage, quoique spécial, a un certain caractère de généralité, puisqu'il embrasse tous les objets garnissant l'immeuble ; il peut donc tolérer, et il tolère forcément en fait et en droit que l'on fasse sortir certains objets, pourvu que ceux qui restent suffisent à le couvrir de sa créance (on admet généralement qu'il ne pourrait s'y opposer. *V^o Jur. Gén. V^o louage*, n^o 286-287 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, T. 3. et 261, note 35), ou pourvu qu'ils soient remplacés

par d'autres meubles équivalents (V. *Jur. Gen.*, v^o *Louage*, n^o 609). S'il ne peut pas mettre obstacle à ces déplacements, il lui serait bien difficile d'empêcher le détournement du gage qu'il serait chargé de garder pour le créancier gagiste ; sa surveillance suffisante pour faire maintenir dans l'immeuble une certaine masse de meubles répondant des loyers, sera insuffisante pour y faire un objet individuellement en gage. Le créancier gagiste n'aura donc aucune sûreté.

La possession du bailleur n'a pas non plus une publicité suffisante. Les créanciers du débiteur, en effet, ne seraient pas suffisamment avertis de l'existence d'un nantissement sur un objet individuellement engagé.

Ceci résulte aussi des observations précédentes. A supposer que les meubles engagés ne soient pas déplacés par le locataire, des créanciers qui lui connaissent le droit de déplacer un à un tous les meubles garnissant l'immeuble, sauf à en rétablir d'autres, doivent croire qu'il pourrait également déplacer le meuble engagé, rien ne les avertissant que ce meuble fut soumis à un régime différent des autres. Il n'y aurait donc pas, dans un nantissement de ce genre, la publicité que la loi a voulu faire résulter en fait de meubles de la possession par le créancier.

Abordons maintenant la question spéciale. N'y avait-il pas, dans les faits de la cause, des préventions favorables à la prétention du créancier gagiste ? Il faut d'abord remarquer que les métiers objets du litige formaient seuls ou presque seuls le mobilier garnissant les lieux loués, sauf les matières premières servant à la fabrication et destinées à en sortir dès qu'elles seraient façonnées, sauf aussi quelques menus outils, la portion de l'usine ne contenait que les métiers employés dans leur industrie. Ces métiers, par leur valeur considérable, formaient un gage considérable pour le propriétaire locateur. Un seul métier ne pouvait être enlevé sans porter une atteinte consi-

dérable aux droits de ce propriétaire. Celui-ci était donc contraint par son propre intérêt à empêcher absolument leur sortie. Il était aussi en possession de moyens de s'y opposer : par leur volume, leur poids et leur importance, ils ne pouvaient être déplacés sans attirer l'attention. Enfin, le propriétaire avait sur les lieux un concierge chargé de veiller sur l'usine, d'en fermer la porte le soir et de l'ouvrir le matin ; il y entretenait aussi un personnel pour conduire ses machines et avait le droit de faire entrer son chauffeur dans les lieux loués pour surveiller la transmission de la force motrice et de la chaleur. Il pouvait s'assurer à chaque instant que le gage n'était pas détourné.

Sa surveillance était donc beaucoup plus efficace que celle d'un bailleur ordinaire et de nature à protéger très énergiquement les droits du créancier gagiste, pour lequel il avait consenti à détenir. L'une des objections de droit commun qui s'opposent à la possession pour un tiers créancier gagiste paraissait donc écartée par les circonstances dans lesquelles cette possession était exercée, celle-ci présentant une particularité qui n'existe pas ordinairement.

Cette particularité apportait aussi un élément nouveau à la publicité qui doit résulter de la publicité au profit d'un tiers. Tous ceux qui, traitant avec le locataire, comptaient sur ses métiers comme garantie de leur créance, devaient évidemment se mettre en garde contre le privilège du propriétaire ; car ils voyaient clairement que ces métiers ne pouvaient échapper à l'exercice de son droit de gage. Une méfiance spéciale et une prudence plus attentive leur était évidemment imposées par la seule force des choses ; c'est ce qui peut-être n'a pas été assez mis en lumière par les décisions ici rapportées. Une autre observation très importante a été aussi négligée par ces décisions, notamment le jugement du tribunal de Calais, quoique ce jugement

soit très savamment et très fortement motivé en faveur du créancier gagiste. C'est cette situation assez singulière d'une vaste usine louée par petites parties pour l'installation de quelques métiers dans une ou deux pièces avec l'obligation pour le bailleur de fournir la force motrice et la chaleur. Il y a là une combinaison en dehors des usages ordinaires ; sans doute il arrive assez fréquemment qu'on loue une partie d'usine détachée du reste avec la force motrice produite sur l'autre partie, mais que toute une grande usine soit exploitée de cette façon en louant les diverses pièces et la force motrice sans louer les métiers qui y sont installés, c'est un fait beaucoup plus rare. En présence de ces faits il semble que les tiers devaient facilement croire que le preneur n'était pas propriétaire de ces métiers et qu'ils étaient loués avec l'usine. Les tiers ne pouvaient ainsi compter sur les métiers comme garantie qu'en consultant le bail et en s'assurant ainsi qu'ils ne faisaient pas partie de l'immeuble. Il faut en conclure que la prudence la plus élémentaire conseillait à ces tiers de ne pas traiter avec le locataire sans consulter, d'une part, le bail, pour s'assurer qu'il était propriétaire des métiers, d'autre part les quittances émanées du bailleur pour s'assurer que les métiers étaient pour le moment du moins libre de tout privilège pour créances de loyers.

Il semble que la possession exercée dans le cas particulier par le bailleur était beaucoup plus efficace que celle d'un bailleur ordinaire, et qu'il lui manquait peu de chose pour satisfaire pleinement à la loi, en ce qui concerne la possession des créanciers gagistes. Le tribunal avait pensé que la possession du bailleur dans l'espèce était suffisante ; la Cour d'Appel et la Cour de Cassation ont été d'un avis différent. Il y avait une différence d'appréciation sur les faits matériels de la cause, le tribunal avait cru reconnaître que le propriétaire de l'usine avait toujours eu les clefs du local loué au fabricant et contenant les métiers, la

Cour d'Appel a cru devoir rectifier cette constatation sans doute à l'aide de nouveaux documents, et, la Cour de Cassation a dû admettre pour vrai les faits constatés par la Cour d'Appel.

Mais il paraît résulter des motifs des arrêts, spécialement ceux de la Cour de Cassation, que si le bailleur avait eu la précaution de se faire remettre les clefs du local, surtout de convenir que le locataire serait obligé de les prendre chez le concierge de l'usine toutes les fois qu'il voudrait travailler à ses métiers, on aurait pu considérer qu'il y avait eu une prise de possession effectivement suffisante des métiers, que la possession et la garde avait cessé d'être laissée au locataire ; et il est permis de croire que dans ces circonstances, la décision de la Cour suprême eût été différente.

Une autre précaution qui nous semblerait utile, ce serait de mentionner sur le bail, que le bailleur consent à posséder pour le créancier gagiste, en même temps que pour lui-même, et de mentionner dans les quittances de loyer, que ces quittances sont données, sauf les droits qui pourraient être exercés sur les métiers garnissant les lieux loués, par le créancier gagiste pour lequel le propriétaire possède ces objets.

De la sorte on se serait mis en garde contre toute allégation de bonne foi de la part des tiers qui auraient traité avec le preneur, car on pourrait leur dire : ou vous n'avez pas compté particulièrement sur la valeur des métiers pour être payés, ou bien vous avez dû prendre connaissance du bail et des quittances ; c'était là une précaution nécessaire pour vous, et elle vous aurait fait connaître l'existence du nantissement.

Le fait que le propriétaire des métiers viendrait travailler dans le local où ils seraient placés sous la clef du bailleur ne semble pas, d'après la juridiction même de la Cour de cassation, s'opposer au caractère effectif du

nantissement, car il a été jugé que des pièces de vin gardées sous la clef du créancier gagiste pouvaient être soignées néanmoins par le débiteur ; que les clefs pouvaient être livrées à celui-ci toutes les fois que ses soins étaient nécessaires et que le nantissement n'en subsistait pas moins avec toute sa validité (*Req.*, 11 août 1842, *Jur. Gén. V^o Nantissement*, n^o 123). On constatera d'ailleurs en lisant ce numéro cité et le suivant que des circonstances de fait souvent légères en apparence, peuvent modifier considérablement la validité du nantissement.

Vu :

Le Président de la thèse,

A. BOISTEL.

Vu :

Le Doyen,

GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
CHAPITRE I ^{er} . — Notions du gage et de l'hypothèque. — Applications de ces notions aux fonds de commerce considérés com- me valeurs de crédit (n^o 1).....	4
CHAPITRE II. — Du nantissement des fonds de com- merce avant la loi du 1^{er} mars 1898.	12
SECTION I ^{re} . — <i>Un fonds de commerce « in globo » ne pou-</i> <i>vait pas faire l'objet d'un nantissement....</i>	42
SECTION II. — <i>Critique de la jurisprudence.....</i>	41
CHAPITRE III. — Du nantissement des fonds de com- merce sous le régime de la loi du 1^{er} mars 1898.....	70
SECTION I ^{re} . — <i>But et économie générale de la loi du</i> <i>1^{er} mars 1898.....</i>	70
SECTION II. — <i>Qui peut constituer en nantissement un</i> <i>fonds de commerce ?</i>	80
§ I ^{er} . — 1 ^{re} condition : Il faut être propriétaire.....	81
§ II. — 2 ^e condition : Il faut avoir la capacité d'aliéner le fonds.....	405
SECTION III. — <i>Formes du nantissement (n^o 66)</i>	406
§ I ^{er} . — 1 ^{re} phase : Contrat de nantissement (n ^o 67)....	406
N ^o 1. — Formalités entre les parties.....	406

Nº 2. — Formalités à l'égard des tiers (nº 68).....	167
§ II. — 2 ^e phase : L'inscription du nantissement (nº 71).....	123
Nº 1. — Moyen de publicité (nº 72).....	124
Nº 2. — Lieu de l'inscription (nº 73).....	125
Nº 3. — Mode de l'inscription (nº 75).....	128
Nº 4. — Enonciations de l'inscription (nº 78).....	130
Nº 5. — En quoi consiste la publicité (nº 79).... ..	131
Nº 6. — En quel temps l'inscription doit être prise (nº 81).....	133
SECTION IV. — <i>Etendue du nantissement</i> (nº 91)	144
SECTION V. — <i>Effets du nantissement</i> (nº 102)	170
§ I ^{er} . — Obligations du débiteur (nº 103).....	171
§ II. — Droits du débiteur (nº 110).....	181
§ III. — Droits du créancier (nº 116).....	188
Nº 1. — Du droit de vendre (nº 119).....	192
Nº 2. — Du droit de préférence (nº 131)..... ..	202
Nº 3. — Du droit de suite (nº 150).....	223
Nº 4. — Autres droits du créancier..... ..	232
SECTION VI. — <i>Extinction du nantissement</i> (nº 160).... ..	233
§ I ^{er} . — Extinction par voie de conséquence (nº 162)...	233
§ II. — Extinction par voie principale (nº 164).....	235
Nº 1. — Renonciation du créancier gagiste (nº 165).....	235
Nº 2. — Prescription (nº 168)	241
Nº 3. — Perte du fonds de commerce (nº 174)	245
Nº 4. — Défaut d'inscription du nantissement en temps utile (nº 176).....	246
Nº 5. — Confusion résultant de la réunion sur la même tête de la qualité de créancier et de celle de propriétaire du fonds grevé de nantissement (nº 177)..... ..	247

TABLE DES MATIÈRES	297
§ III. — De la radiation des inscriptions (n ^o 179)	248
§ IV. — De la réduction des inscriptions (n ^o 183)	251
SECTION VII. — <i>De la responsabilité des greffiers des tribunaux de commerce</i> (n ^o 185)	252
§ I ^{er} . — Responsabilité civile (n ^o 186)	253
§ II. — Responsabilité pénale (n ^o 191)	257
CHAPITRE IV. — Critique de la loi du 1 ^{er} mars 1898 et modifications qu'il conviendrait d'y apporter (n ^o 192)	259
APPENDICE	283

Grande Imprimerie de Blois, 2, rue Haute. X 5103
